

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales – Caldas, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17001-33-33-001- 2012-00269 -00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP
DEMANDADA	GLORIA MATILDE HINCAPIÉ PIÑERES
ASUNTO	REQUIERE PODER PARA ENTREGAR TÍTULO JUDICIAL
AUTO No	1441
ESTADO No	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

Revisado el proceso de la referencia, se evidencia que a la fecha no ha sido posible dar cumplimiento al auto No. 3494 del 5 de diciembre de 2019, en cuanto a la entrega del título judicial No. 418030001141733 por un valor de \$935.449,53 a la UGPP, toda vez que este Despacho no tiene certeza sobre el abogado autorizado para recibir el pago del depósito judicial.

De acuerdo a lo anterior, se **REQUIERE** a la UGPP para que dentro de los **CINCO (5) DÍAS** siguiente a la notificación de esta providencia, informe el nombre del apoderado autorizado para recibir el pago del depósito judicial mencionado, igualmente deberá aportar el poder de conformidad con las previsiones del Código General del Proceso (presentación personal) o del artículo 5o de la Ley 2213 de 2022 (anexando la prueba del mensaje de datos por medio del cual se confirió el poder), con la facultad expresa de recibir.

La información solicitada deberá ser remitida al correo electrónico dispuesto para la recepción de memoriales admin01ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

PAHD

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: **37c5cd2886edaab33097fee8680b04a0dcadc9edbdeab48849304b9f17199ec6**

Documento generado en 22/09/2023 07:25:06 AM

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 – Caldas, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO	17001-33-33-001-2013-00245-00
MEDIO DE CONTROL	EJECUTIVO
DEMANDANTE	FRANCISCO JAVIER VELASQUEZ ARIAS Y OTROS
CESIONARIO	FONDO DE CAPITAL PRIVADO CATTLEYA COMPARTIMIENTO 1
DEMANDADO	NACIÓN - FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN
AUTO No	1430
ESTADO No	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

I. ASUNTO

Procede el despacho a dilucidar la cesión de créditos manifestada por la parte ejecutante y, en consecuencia, a librar mandamiento de pago según corresponda.

II. CONSIDERACIONES

2.1. De la cesión del crédito

De acuerdo con las sentencias que sirven como título ejecutivo para el presente proceso, se encuentra que las mismas quedaron debidamente ejecutoriadas, que el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión ordenó acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarándose administrativamente responsable a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial de manera solidaria al pago de perjuicios morales y materiales a los demandantes. Dicha decisión fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Caldas.

Igualmente, se encuentra que en este caso hubo dos cesiones de créditos con respecto a la condena impuesta a la Fiscalía General de la Nación, por lo anterior se hace necesario traer a colación lo dispuesto por los artículos 1959, 1960, 1961, 1962 y 1964 del Código Civil:

*“(…) **ARTICULO 1959. <FORMALIDADES DE LA CESION>**. <Artículo subrogado por el artículo 33 de la Ley 57 de 1887. El nuevo texto es el siguiente.> La cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título. Pero si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario, y en este caso la notificación de que trata el artículo debe hacerse con exhibición de dicho documento.*

***ARTICULO 1960. <NOTIFICACION O ACEPTACION>**. La cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste.*

***ARTICULO 1961. <FORMA DE NOTIFICACION>**. La notificación debe hacerse con exhibición del título, que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente.*

***ARTICULO 1962. <ACEPTACION>**. La aceptación consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc.*

***ARTICULO 1964. <DERECHOS QUE COMPRENDE LA CESION>**. La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente. (...)”*

Conforme con la normatividad anterior y con el fin de establecer si la cesión de créditos en virtud de la cual ARITMETIKA S.A.S. GESTOR PROFESIONAL DEL FONDO DE CAPITAL PRIVADO CATTLEYA COMPARTIMIENTO 1 actúa en el presente proceso, fue debidamente realizada se encuentra;

-Acto administrativo 20201500078821 del 18 de diciembre de 2020, en el cual se dio por notificada y se aceptó inicialmente la cesión de los derechos económicos derivados de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 05 de septiembre de 2016 y ejecutoriada el 12 de septiembre de 2016, de manera condicionada, realizada por la parte demandante a CONACOACTIVOS S.A.S. y la cesión realizada por está al FONDO DE CAPITAL PRIVADO CATTLEYA COMPARTIMIENTO 1 administrado por la sociedad FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. (Fls. 162 a 165 del archivo 03 del expediente digital).

-Acto administrativo No. 20211500012421 del 04 de marzo de 2021, mediante el cual la Fiscalía General de la Nación se dio por notificada y aceptó la cesión de los derechos económicos derivados de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 05 de septiembre de 2016 y ejecutoriada el 12 de septiembre de 2016, sin condición alguna, realizada por la parte demandante a CONACOACTIVOS S.A.S. y la cesión realizada por ésta al FONDO DE CAPITAL PRIVADO CATTLEYA COMPARTIMIENTO 1 administrado por la sociedad FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. (Fls. 172 a 174 del archivo 03 del expediente digital).

-Paz y salvo del apoderado de la parte demandante en el proceso ordinario respecto a Conactivos S.A.S. (Fls. 143 a 144 del archivo 03 del expediente digital).

-Paz y Salvo de Conactivos S.A.S entregado a Fondo de Capital Privado Cattleya Compartimiento 1. (Fls. 145 a 146 del archivo 03 del expediente digital).

-Poderes otorgados por los demandantes al abogado Jorge Isaac Agudelo para que suscriba el contrato de cesión de los derechos (Fls. 102 a 108 del archivo 03 del expediente digital).

-Contrato de cesión de créditos del 19 de noviembre de 2020 celebrado entre la parte demandante y Conactivos S.A.S. (Fls. 109 a 125 del archivo 03 del expediente digital).

-Contrato de cesión de créditos del 26 de noviembre de 2020 celebrado entre Conactivos S.A.S. y EL FONDO DE CAPITAL PRIVADO CATTLEYA COMPARTIMIENTO 1. (Fls. 130 a 138 del archivo 03 del expediente digital).

-Certificado de Existencia y Representación de Conactivos SAS (Fls. 13 a 19 del archivo 13 del expediente digital).

-Oficio del 20 de mayo de 2019 de la Superintendencia Financiera de Colombia (Fl.13 del archivo 03 y fls. 20 y 21 del archivo 13 del expediente digital).

-Certificados de Existencia y Representación de Aritmetika SAS (Fls. 22 a 44 del archivo 13 del expediente digital).

-Contrato de Prestación de Servicios de Gestión Profesional suscrito entre Aritmetika SAS y Fiduciaria Corficolombiana S.A. del 24 de mayo de 2019 (Fls. 45 a 55 del archivo 13 del expediente digital).

-Certificación del Fondo de Capital Privado Cattleya (Fls. 11, 12,14 y 15 del archivo 03 y fls. 56 a 57 del archivo 13 del expediente digital).

-Formulario de Registro Único Tributario del Fondo de Capital Privado Cattleya Compartimiento 1, (Fls. 3-4 del archivo 03 y fls. 58 a 59 del archivo 13 del expediente digital).

-Certificado de la Cámara de Comercio de Cali correspondiente Fiduciaria Corficolombiana S.A (Fls. 63 a 73 del archivo 13 del expediente digital).

-Certificado de la Superintendencia Financiera de Colombia referente a la Fiduciaria Corficolombiana S.A (Fls. 1 – 2 del Archivo 03 y fls 74 a 75 del archivo 13 del expediente digital)

-Escritura Pública No. 618 del 10 de mayo de 2021 mediante la cual la Fiduciaria Corficolombiana en calidad de Administradora del Fondo de Capital Privado Cattleya Compartimiento 1 le confiere poder general a Aritmetika S.A.S (Fls. 76 a 96 del archivo 13 del expediente digital)

Conforme con la documentación referida, considera esta instancia judicial que la cesión de créditos correspondiente a la condena que le corresponde pagar a la Fiscalía General de la Nación en razón a la sentencia proferida el 21 de enero de 2015 dentro del proceso con radicado 2013-00245, confirmada mediante sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 05 de septiembre de 2016, la cual quedó ejecutoriada el 12 de septiembre de 2016 (Fls 27 a 92 del archivo 03 del expediente digital), fue realizada adecuadamente.

Ello es así, pues los contratos de cesión de créditos del 19 de noviembre de 2020 y del 26 de noviembre del mismo año fueron actos suscritos por quienes estaban facultados para ello, y así mismo se dio por notificado y aceptado por

la entidad llamada a responder, esto es, la Fiscalía General de la Nación tal como se observa en los documentos citados.

En esa medida, este despacho judicial aceptará la cesión de créditos correspondiente al 50% de la condena impuesta en el proceso de Reparación Directa con radicado 2013 -00245 y que está a cargo la Fiscalía General de la Nación.

2.2. El mandamiento de pago

Ahora bien, conforme a lo anterior, observa el despacho que la liquidación efectuada por la parte demandante, presenta algunas inconsistencias, razón por la cual es dable aplicar lo dispuesto en el art. 430 del CGP que establece: *“Presentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquél considere legal”*. Pues bien, dado que se observa que la liquidación del capital efectuada por la parte demandante y, en consecuencia, los intereses que se causaron, no se liquidaron en debida forma, el Despacho procederá a librar el mandamiento de pago de acuerdo a la liquidación que más adelante se presenta.

En ese orden de ideas, se determinarán los valores correspondientes al 50% reconocido a los actores por concepto de perjuicios morales y del 50% del monto reconocido por concepto de perjuicios materiales al señor Francisco Javier Velásquez Arias.

A dichos valores se le tendrán en cuenta inicialmente los intereses al DTF causados desde el día siguiente de la ejecutoria de las sentencias, esto es, desde el 13 de septiembre de 2016 hasta el 12 de diciembre de 2016.

Ello es así en virtud del artículo 192 del CPACA “(...) **ARTÍCULO 192. CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS O CONCILIACIONES POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS** (...) Cumplidos tres (3) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, cesará la causación de intereses desde entonces hasta cuando se presente la solicitud. (...)”

De acuerdo a ello, se observa a folio 93 del archivo 03 del expediente digital que la solicitud de pago de la condena judicial fue presentada el 02 de abril de 2018 a la Fiscalía General de la Nación, motivo por el cual los intereses al DTF establecidos en el artículo 195 del CPACA, cesaron durante el término inicial de diez (10) meses de su causación.

En ese sentido, una vez presentada dicha solicitud se causaron intereses moratorios desde el 03 de abril de 2018, lo cual se tendrá en cuenta hasta agosto de 2023.

En consecuencia de ello, se tendrá en cuenta para el mandamiento de pago las siguientes sumas de dinero:

- a).** El capital por concepto de perjuicios moratorios correspondiente a cada uno de los demandantes.
- b).** El valor de los intereses al DTF causados desde el 13 de septiembre de 2016 hasta el 12 de diciembre de 2016 de dicha suma.
- c)** El valor de los intereses moratorios causados desde el 03 de abril de 2018 hasta agosto de 2023 de dicha suma.
- d)** El capital por concepto de perjuicios materiales correspondiente al señor Francisco Javier Velásquez Arias.
- e)** El valor de los intereses al DTF causados desde el 13 de septiembre de 2016 hasta el 12 de diciembre de 2016 de dicha suma.
- f)** El valor de los intereses moratorios causados desde el 03 de abril de 2018 hasta agosto de 2023 de dicha suma.

Por lo anterior se tiene;

Por concepto de perjuicios morales causados a los señores Yolanda Velásquez Arias, María Eucaris Velásquez Arias, Ana Gladys Velásquez Arias, José Wilmar Velásquez Arias, José Jairo Velásquez Arias, Luis Alfonso

Velásquez Arias, María Cristina Velásquez de Campiño y Jorge Iván Velásquez Arias dicho valor corresponde a la suma de **ocho millones seiscientos dieciocho mil ciento ochenta y siete pesos con cincuenta centavos m/cte (\$8.618.187.50)**, en consecuencia el valor consolidado corresponde a la suma de **sesenta y ocho millones novecientos cuarenta y cinco mil quinientos pesos (\$68.945.500)**

Por perjuicios morales para el señor Francisco Javier Velásquez Arias la suma de **veinticuatro millones ciento treinta mil novecientos veinticinco pesos m/cte (\$ 24.130.925)**.

Por concepto de intereses al DTF causados a los señores Yolanda Velásquez Arias, María Eucaris Velásquez Arias, Ana Gladys Velásquez Arias, José Wilmar Velásquez Arias, José Jairo Velásquez Arias, Luis Alfonso Velásquez Arias, María Cristina Velásquez de Campiño y Jorge Iván Velásquez Arias, por el periodo de tiempo comprendido entre el 13 de septiembre de 2016 hasta el 12 de diciembre de 2016 de la suma anterior el valor equivalente a **ciento cincuenta y un mil ochocientos cincuenta y dos pesos con cuarenta y seis centavos m/cte (\$151.852,46)** por cada uno, como se observa en el siguiente cuadro;

CAPITAL		\$8.618.187,50	
INTERESES DTF			
2016			
SEPTIEMBRE	0,60%	\$	31.025,48
OCTUBRE	0,59%	\$	50.847,31
NOVIEMBRE	0,58%	\$	49.985,49
DICIEMBRE	0,58%	\$	19.994,20
TOTAL		\$	151.852,46

Por lo anterior la suma consolidada corresponde al valor de **un millón doscientos catorce mil ochocientos diecinueve pesos con setenta y un centavos m/cte (\$ 1.214.819,71)**, como se observa en el siguiente cuadro;

CAPITAL	\$ 68.945.500,00	
INTERESES DTF		
2016		
SEPTIEMBRE	0,60%	\$ 248.203,80
OCTUBRE	0,59%	\$ 406.778,45

NOVIEMBRE	0,58%	\$ 399.883,90
DICIEMBRE	0,58%	\$ 159.953,56
TOTAL		\$ 1.214.819,71

Por intereses al DTF causados al señor Francisco Javier Velásquez Arias por el periodo de tiempo comprendido entre el 13 de septiembre de 2016 hasta el 12 de diciembre de 2016 del valor mencionado, la suma de **cuatrocientos veinticinco mil ciento ochenta y seis pesos con noventa centavos m/cte (\$ 425.186,90)** como se observa en el siguiente cuadro;

CAPITAL	\$24.130.925,00	
INTERESES DTF		
2016		
SEPTIEMBRE	0,60%	\$ 86.871,33
OCTUBRE	0,59%	\$ 142.372,46
NOVIEMBRE	0,58%	\$ 139.959,37
DICIEMBRE	0,58%	\$ 55.983,75
TOTAL		\$ 425.186,90

Ahora bien, por concepto de intereses moratorios generados desde el 03 de abril de 2018 hasta agosto de 2023 de la suma equivalente a los perjuicios moratorios de los señores Yolanda Velásquez Arias, María Eucaris Velásquez Arias, Ana Gladys Velásquez Arias, José Wilmar Velásquez Arias, José Jairo Velásquez Arias, Luis Alfonso Velásquez Arias, María Cristina Velásquez de Campiño y Jorge Iván Velásquez Arias, el valor de **catorce millones trescientos cincuenta y dos mil seiscientos setenta y dos pesos con un centavo m/cte (\$14.352.672,01)** para cada uno, como se vislumbra en el siguiente cuadro;

CAPITAL	\$8.618.187,50	
INTERESES MORATORIOS		
2018		
ABRIL	2,56%	\$ 205.917,23
MAYO	2,55%	\$ 219.763,78
JUNIO	2,53%	\$ 218.040,14
JULIO	2,50%	\$ 215.454,69
AGOSTO	2,49%	\$ 214.592,87
SEPTIEMBRE	2,47%	\$ 212.869,23
OCTUBRE	2,45%	\$ 211.145,59
NOVIEMBRE	2,43%	\$ 209.421,96
DICIEMBRE	2,42%	\$ 208.560,14

2019		
ENERO	2,39%	\$ 205.974,68
FEBRERO	2,46%	\$ 212.007,41
MARZO	2,42%	\$ 208.560,14
ABRIL	2,41%	\$ 207.698,32
MAYO	2,42%	\$ 208.560,14
JUNIO	2,41%	\$ 207.698,32
JULIO	2,41%	\$ 207.698,32
AGOSTO	2,41%	\$ 207.698,32
SEPTIEMBRE	2,41%	\$ 207.698,32
OCTUBRE	2,38%	\$ 205.112,86
NOVIEMBRE	2,37%	\$ 204.251,04
DICIEMBRE	2,36%	\$ 203.389,23
2020		
ENERO	2,34%	\$ 201.665,59
FEBRERO	2,38%	\$ 205.112,86
MARZO	2,36%	\$ 203.389,23
ABRIL	2,33%	\$ 200.803,77
MAYO	2,27%	\$ 195.632,86
JUNIO	2,26%	\$ 194.771,04
JULIO	2,26%	\$ 194.771,04
AGOSTO	2,28%	\$ 196.494,68
SEPTIEMBRE	2,29%	\$ 197.356,49
OCTUBRE	2,26%	\$ 194.771,04
NOVIEMBRE	2,23%	\$ 192.185,58
DICIEMBRE	2,18%	\$ 187.876,49
2021		
ENERO	2,16%	\$ 186.152,85
FEBRERO	2,19%	\$ 188.738,31
MARZO	2,17%	\$ 187.014,67
ABRIL	2,16%	\$ 186.152,85
MAYO	2,15%	\$ 185.291,03
JUNIO	2,15%	\$ 185.291,03
JULIO	2,14%	\$ 184.429,21
AGOSTO	2,15%	\$ 185.291,03
SEPTIEMBRE	2,14%	\$ 184.429,21
OCTUBRE	2,13%	\$ 183.567,39
NOVIEMBRE	2,15%	\$ 185.291,03
DICIEMBRE	2,18%	\$ 187.876,49
2022		
ENERO	2,20%	\$ 189.600,13
FEBRERO	2,28%	\$ 196.494,68
MARZO	2,30%	\$ 198.218,31
ABRIL	2,38%	\$ 205.112,86
MAYO	2,46%	\$ 212.007,41
JUNIO	2,55%	\$ 219.763,78
JULIO	2,66%	\$ 229.243,79
AGOSTO	2,77%	\$ 238.723,79

SEPTIEMBRE	2,93%	\$ 252.512,89
OCTUBRE	3,07%	\$ 264.578,36
NOVIEMBRE	3,22%	\$ 277.505,64
DICIEMBRE	3,43%	\$ 295.603,83
2023		
ENERO	3,60%	\$ 310.254,75
FEBRERO	3,77%	\$ 324.905,67
MARZO	3,85%	\$ 331.800,22
ABRIL	3,92%	\$ 337.832,95
MAYO	3,78%	\$ 325.767,49
JUNIO	3,72%	\$ 320.596,58
JULIO	3,67%	\$ 316.287,48
AGOSTO	3,59%	\$ 309.392,93
TOTAL		\$ 14.352.672,01

En razón de lo anterior el valor consolidado corresponde a la suma de **ciento catorce millones ochocientos veintiún mil trescientos setenta y seis pesos con seis centavos m/cte (\$114.821.376,06)** como se detalla a continuación;

CAPITAL	\$68.945.500,00	
INTERESES MORATORIOS		
2018		
ABRIL	2,56%	\$ 1.647.337,81
MAYO	2,55%	\$ 1.758.110,25
JUNIO	2,53%	\$ 1.744.321,15
JULIO	2,50%	\$ 1.723.637,50
AGOSTO	2,49%	\$ 1.716.742,95
SEPTIEMBRE	2,47%	\$ 1.702.953,85
OCTUBRE	2,45%	\$ 1.689.164,75
NOVIEMBRE	2,43%	\$ 1.675.375,65
DICIEMBRE	2,42%	\$ 1.668.481,10
2019		
ENERO	2,39%	\$ 1.647.797,45
FEBRERO	2,46%	\$ 1.696.059,30
MARZO	2,42%	\$ 1.668.481,10
ABRIL	2,41%	\$ 1.661.586,55
MAYO	2,42%	\$ 1.668.481,10
JUNIO	2,41%	\$ 1.661.586,55
JULIO	2,41%	\$ 1.661.586,55
AGOSTO	2,41%	\$ 1.661.586,55
SEPTIEMBRE	2,41%	\$ 1.661.586,55
OCTUBRE	2,38%	\$ 1.640.902,90
NOVIEMBRE	2,37%	\$ 1.634.008,35
DICIEMBRE	2,36%	\$ 1.627.113,80
2020		

ENERO	2,34%	\$ 1.613.324,70
FEBRERO	2,38%	\$ 1.640.902,90
MARZO	2,36%	\$ 1.627.113,80
ABRIL	2,33%	\$ 1.606.430,15
MAYO	2,27%	\$ 1.565.062,85
JUNIO	2,26%	\$ 1.558.168,30
JULIO	2,26%	\$ 1.558.168,30
AGOSTO	2,28%	\$ 1.571.957,40
SEPTIEMBRE	2,29%	\$ 1.578.851,95
OCTUBRE	2,26%	\$ 1.558.168,30
NOVIEMBRE	2,23%	\$ 1.537.484,65
DICIEMBRE	2,18%	\$ 1.503.011,90
2021		
ENERO	2,16%	\$ 1.489.222,80
FEBRERO	2,19%	\$ 1.509.906,45
MARZO	2,17%	\$ 1.496.117,35
ABRIL	2,16%	\$ 1.489.222,80
MAYO	2,15%	\$ 1.482.328,25
JUNIO	2,15%	\$ 1.482.328,25
JULIO	2,14%	\$ 1.475.433,70
AGOSTO	2,15%	\$ 1.482.328,25
SEPTIEMBRE	2,14%	\$ 1.475.433,70
OCTUBRE	2,13%	\$ 1.468.539,15
NOVIEMBRE	2,15%	\$ 1.482.328,25
DICIEMBRE	2,18%	\$ 1.503.011,90
2022		
ENERO	2,20%	\$ 1.516.801,00
FEBRERO	2,28%	\$ 1.571.957,40
MARZO	2,30%	\$ 1.585.746,50
ABRIL	2,38%	\$ 1.640.902,90
MAYO	2,46%	\$ 1.696.059,30
JUNIO	2,55%	\$ 1.758.110,25
JULIO	2,66%	\$ 1.833.950,30
AGOSTO	2,77%	\$ 1.909.790,35
SEPTIEMBRE	2,93%	\$ 2.020.103,15
OCTUBRE	3,07%	\$ 2.116.626,85
NOVIEMBRE	3,22%	\$ 2.220.045,10
DICIEMBRE	3,43%	\$ 2.364.830,65
2023		
ENERO	3,60%	\$ 2.482.038,00
FEBRERO	3,77%	\$ 2.599.245,35
MARZO	3,85%	\$ 2.654.401,75
ABRIL	3,92%	\$ 2.702.663,60
MAYO	3,78%	\$ 2.606.139,90
JUNIO	3,72%	\$ 2.564.772,60
JULIO	3,67%	\$ 2.530.299,85
AGOSTO	3,59%	\$ 2.475.143,45
TOTAL		\$ 114.821.376,06

Ahora bien, por concepto de intereses moratorios generados desde el 03 de abril de 2018 hasta agosto de 2023, de la suma equivalente a los perjuicios morales del señor Francisco Javier Velásquez Arias, el valor de **cuarenta millones ciento ochenta y siete mil cuatrocientos ochenta y un pesos con sesenta y dos centavos m/cte (\$40.187.481,62)**, lo cual se vislumbra en el siguiente cuadro;

CAPITAL	\$24.130.925,00	
INTERESES MORATORIOS		
2018		
ABRIL	2,56%	\$ 576.568,23
MAYO	2,55%	\$ 615.338,59
JUNIO	2,53%	\$ 610.512,40
JULIO	2,50%	\$ 603.273,13
AGOSTO	2,49%	\$ 600.860,03
SEPTIEMBRE	2,47%	\$ 596.033,85
OCTUBRE	2,45%	\$ 591.207,66
NOVIEMBRE	2,43%	\$ 586.381,48
DICIEMBRE	2,42%	\$ 583.968,39
2019		
ENERO	2,39%	\$ 576.729,11
FEBRERO	2,46%	\$ 593.620,76
MARZO	2,42%	\$ 583.968,39
ABRIL	2,41%	\$ 581.555,29
MAYO	2,42%	\$ 583.968,39
JUNIO	2,41%	\$ 581.555,29
JULIO	2,41%	\$ 581.555,29
AGOSTO	2,41%	\$ 581.555,29
SEPTIEMBRE	2,41%	\$ 581.555,29
OCTUBRE	2,38%	\$ 574.316,02
NOVIEMBRE	2,37%	\$ 571.902,92
DICIEMBRE	2,36%	\$ 569.489,83
2020		
ENERO	2,34%	\$ 564.663,65
FEBRERO	2,38%	\$ 574.316,02
MARZO	2,36%	\$ 569.489,83
ABRIL	2,33%	\$ 562.250,55
MAYO	2,27%	\$ 547.772,00
JUNIO	2,26%	\$ 545.358,91
JULIO	2,26%	\$ 545.358,91
AGOSTO	2,28%	\$ 550.185,09
SEPTIEMBRE	2,29%	\$ 552.598,18
OCTUBRE	2,26%	\$ 545.358,91
NOVIEMBRE	2,23%	\$ 538.119,63
DICIEMBRE	2,18%	\$ 526.054,17
2021		
ENERO	2,16%	\$ 521.227,98

FEBRERO	2,19%	\$ 528.467,26
MARZO	2,17%	\$ 523.641,07
ABRIL	2,16%	\$ 521.227,98
MAYO	2,15%	\$ 518.814,89
JUNIO	2,15%	\$ 518.814,89
JULIO	2,14%	\$ 516.401,80
AGOSTO	2,15%	\$ 518.814,89
SEPTIEMBRE	2,14%	\$ 516.401,80
OCTUBRE	2,13%	\$ 513.988,70
NOVIEMBRE	2,15%	\$ 518.814,89
DICIEMBRE	2,18%	\$ 526.054,17
2022		
ENERO	2,20%	\$ 530.880,35
FEBRERO	2,28%	\$ 550.185,09
MARZO	2,30%	\$ 555.011,28
ABRIL	2,38%	\$ 574.316,02
MAYO	2,46%	\$ 593.620,76
JUNIO	2,55%	\$ 615.338,59
JULIO	2,66%	\$ 641.882,61
AGOSTO	2,77%	\$ 668.426,62
SEPTIEMBRE	2,93%	\$ 707.036,10
OCTUBRE	3,07%	\$ 740.819,40
NOVIEMBRE	3,22%	\$ 777.015,79
DICIEMBRE	3,43%	\$ 827.690,73
2023		
ENERO	3,60%	\$ 868.713,30
FEBRERO	3,77%	\$ 909.735,87
MARZO	3,85%	\$ 929.040,61
ABRIL	3,92%	\$ 945.932,26
MAYO	3,78%	\$ 912.148,97
JUNIO	3,72%	\$ 897.670,41
JULIO	3,67%	\$ 885.604,95
AGOSTO	3,59%	\$ 866.300,21
TOTAL		\$ 40.187.481,62

En cuanto a los perjuicios materiales del señor Francisco Javier Velásquez Arias se tiene que los mismos corresponden a la suma de **dos millones trescientos noventa y cinco mil doscientos cincuenta y ocho pesos con setenta y tres centavos m/cte (\$2.395.258,73).**

Respecto a los intereses al DTF de los perjuicios materiales aludidos, por el periodo de tiempo comprendido entre el 13 de septiembre de 2016 hasta el 12 de diciembre de 2016, se encuentra que los mismos corresponden a la cifra de **cuarenta y dos mil doscientos cuatro pesos con cuarenta y seis centavos m/cte (\$42.204,46),** como se vislumbra en el siguiente cuadro;

CAPITAL	\$2.395.258,73	
INTERESES DTF		
2016		
SEPTIEMBRE	0,60%	\$ 8.622,93
OCTUBRE	0,59%	\$ 14.132,03
NOVIEMBRE	0,58%	\$ 13.892,50
DICIEMBRE	0,58%	\$ 5.557,00
TOTAL		\$ 42.204,46

Así mismo, por concepto de intereses moratorios causados desde el 03 de abril de 2018 hasta agosto de 2023, de la suma equivalente a los perjuicios materiales indicados, el valor de **tres millones novecientos ochenta y nueve mil cuarenta y siete pesos con noventa y dos centavos m/cte (\$3.989.047,92)**, como se encuentra en el siguiente cuadro;

CAPITAL	\$ 2.395.258,73	
INTERESES MORATORIOS		
2018		
ABRIL	2,56%	\$ 57.230,72
MAYO	2,55%	\$ 61.079,10
JUNIO	2,53%	\$ 60.600,05
JULIO	2,50%	\$ 59.881,47
AGOSTO	2,49%	\$ 59.641,94
SEPTIEMBRE	2,47%	\$ 59.162,89
OCTUBRE	2,45%	\$ 58.683,84
NOVIEMBRE	2,43%	\$ 58.204,79
DICIEMBRE	2,42%	\$ 57.965,26
2019		
ENERO	2,39%	\$ 57.246,68
FEBRERO	2,46%	\$ 58.923,36
MARZO	2,42%	\$ 57.965,26
ABRIL	2,41%	\$ 57.725,74
MAYO	2,42%	\$ 57.965,26
JUNIO	2,41%	\$ 57.725,74
JULIO	2,41%	\$ 57.725,74
AGOSTO	2,41%	\$ 57.725,74
SEPTIEMBRE	2,41%	\$ 57.725,74
OCTUBRE	2,38%	\$ 57.007,16
NOVIEMBRE	2,37%	\$ 56.767,63
DICIEMBRE	2,36%	\$ 56.528,11
2020		
ENERO	2,34%	\$ 56.049,05
FEBRERO	2,38%	\$ 57.007,16
MARZO	2,36%	\$ 56.528,11
ABRIL	2,33%	\$ 55.809,53

MAYO	2,27%	\$ 54.372,37
JUNIO	2,26%	\$ 54.132,85
JULIO	2,26%	\$ 54.132,85
AGOSTO	2,28%	\$ 54.611,90
SEPTIEMBRE	2,29%	\$ 54.851,42
OCTUBRE	2,26%	\$ 54.132,85
NOVIEMBRE	2,23%	\$ 53.414,27
DICIEMBRE	2,18%	\$ 52.216,64
2021		
ENERO	2,16%	\$ 51.737,59
FEBRERO	2,19%	\$ 52.456,17
MARZO	2,17%	\$ 51.977,11
ABRIL	2,16%	\$ 51.737,59
MAYO	2,15%	\$ 51.498,06
JUNIO	2,15%	\$ 51.498,06
JULIO	2,14%	\$ 51.258,54
AGOSTO	2,15%	\$ 51.498,06
SEPTIEMBRE	2,14%	\$ 51.258,54
OCTUBRE	2,13%	\$ 51.019,01
NOVIEMBRE	2,15%	\$ 51.498,06
DICIEMBRE	2,18%	\$ 52.216,64
2022		
ENERO	2,20%	\$ 52.695,69
FEBRERO	2,28%	\$ 54.611,90
MARZO	2,30%	\$ 55.090,95
ABRIL	2,38%	\$ 57.007,16
MAYO	2,46%	\$ 58.923,36
JUNIO	2,55%	\$ 61.079,10
JULIO	2,66%	\$ 63.713,88
AGOSTO	2,77%	\$ 66.348,67
SEPTIEMBRE	2,93%	\$ 70.181,08
OCTUBRE	3,07%	\$ 73.534,44
NOVIEMBRE	3,22%	\$ 77.127,33
DICIEMBRE	3,43%	\$ 82.157,37
2023		
ENERO	3,60%	\$ 86.229,31
FEBRERO	3,77%	\$ 90.301,25
MARZO	3,85%	\$ 92.217,46
ABRIL	3,92%	\$ 93.894,14
MAYO	3,78%	\$ 90.540,78
JUNIO	3,72%	\$ 89.103,62
JULIO	3,67%	\$ 87.906,00
AGOSTO	3,59%	\$ 85.989,79
TOTAL		\$ 3.989.047,92

Será entonces por estos valores pendientes de pago y por los conceptos así discriminados que se librará el mandamiento de pago.

III. DECISIÓN

En consecuencia de todo lo anterior, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales -Caldas-

RESUELVE

PRIMERO: ACEPTAR LA CESIÓN DE CRÉDITOS correspondiente al 50% de la condena impuesta en el proceso de Reparación Directa con radicado 2013 -00245 y que está a cargo la Fiscalía General de La Nación, realizada por la PARTE DEMANDANTE a CONACOACTIVOS S.A.S. y la cesión realizada por está al FONDO DE CAPITAL PRIVADO CATTLEYA COMPARTIMIENTO 1 administrado por la sociedad FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A, de conformidad con los motivos expuestos.

SEGUNDO: LIBRAR MANDAMIENTO DE PAGO a favor del **FONDO DE CAPITAL PRIVADO CATTLEYA COMPARTIMIENTO 1** y en contra de la **FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN**, por las siguientes sumas;

A). Ocho millones seiscientos dieciocho mil ciento ochenta y siete pesos con cincuenta centavos m/cte (\$ 8.618.187.50), Por concepto de perjuicios moratorios causados a los señores Yolanda Velásquez Arias, María Eucaris Velásquez Arias, Ana Gladys Velásquez Arias, José Wilmar Velásquez Arias, José Jairo Velásquez Arias, Luis Alfonso Velásquez Arias, Maria Cristina Velásquez de Campiño y Jorge Iván Velásquez Arias, en consecuencia el valor consolidado corresponde a la suma de **sesenta y ocho millones novecientos cuarenta y cinco mil quinientos pesos (\$68.945.500)**

B) veinticuatro millones ciento treinta mil novecientos veinticinco pesos m/cte (\$ 24.130.925) por perjuicios morales para el señor Francisco Javier Velásquez Arias.

C) Ciento cincuenta y un mil ochocientos cincuenta y dos pesos con cuarenta y seis centavos m/cte (\$151.852,46) por concepto de intereses al DTF causados a los señores Yolanda Velásquez Arias, María Eucaris Velásquez Arias, Ana Gladys Velásquez Arias, José Wilmar Velásquez Arias,

José Jairo Velásquez Arias, Luis Alfonso Velásquez Arias, Maria Cristina Velásquez de Campiño y Jorge Iván Velásquez Arias, por el periodo de tiempo comprendido entre el 13 de septiembre de 2016 hasta el 12 de diciembre de 2016, por lo anterior la suma consolidada corresponde al valor de **un millón doscientos catorce mil ochocientos diecinueve pesos con setenta y un centavos m/cte (\$ 1.214.819,71).**

D) Cuatrocientos veinticinco mil ciento ochenta y seis pesos con noventa centavos m/cte (\$ 425.186,90) por intereses al DTF causados al señor Francisco Javier Velásquez Arias por el periodo de tiempo comprendido entre el 13 de septiembre de 2016 hasta el 12 de diciembre de 2016.

E) Catorce millones trescientos cincuenta y dos mil seiscientos setenta y dos pesos con un centavo m/cte (\$14.352.672,01) por concepto de intereses moratorios generados desde el 03 de abril de 2018 hasta agosto de 2023 de la suma equivalente a los perjuicios moratorios de los señores Yolanda Velásquez Arias, María Eucaris Velásquez Arias, Ana Gladys Velásquez Arias, José Wilmar Velásquez Arias, José Jairo Velásquez Arias, Luis Alfonso Velásquez Arias, Maria Cristina Velásquez de Campiño y Jorge Iván Velásquez Arias, en razón de lo anterior el valor consolidado corresponde a la suma de **ciento catorce millones ochocientos veintiún mil trescientos setenta y seis pesos con seis centavos m/cte (\$114.821.376,06).**

F) Cuarenta millones ciento ochenta y siete mil cuatrocientos ochenta y un pesos con sesenta y dos centavos m/cte (\$40.187.481,62) por concepto de intereses moratorios generados desde el 03 de abril de 2018 hasta agosto de 2023 de la suma equivalente a los perjuicios moratorios del señor Francisco Javier Velásquez Arias.

G) Dos millones trescientos noventa y cinco mil doscientos cincuenta y ocho pesos con setenta y tres centavos m/cte (\$2.395.258,73) por los perjuicios materiales del señor Francisco Javier Velásquez Arias.

H) Cuarenta y dos mil doscientos cuatro pesos con cuarenta y seis centavos m/cte (\$42.204,46) por los intereses al DTF de los perjuicios materiales aludidos, por el periodo de tiempo comprendido entre el 13 de septiembre de 2016 hasta el 12 de diciembre de 2016.

I) Tres millones novecientos ochenta y nueve mil cuarenta y siete pesos con noventa y dos centavos m/cte (\$3.989.047,92) por concepto de intereses moratorios causados desde el 03 de abril de 2018 hasta agosto de 2023 de la suma equivalente a los perjuicios materiales indicados.

TERCERO: NOTIFICAR PERSONALMENTE el presente auto a la entidad demandada y comunicarlo a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme al artículo 612 del Código General del Proceso.

CUARTO: CORRER TRASLADO de la demanda y sus anexos al representante legal de la FISCALÍA FENERAL DE LA NACIÓN, advirtiéndole que dispone de **cinco (5) días** para pagar la obligación y de **diez (10) días** para proponer excepciones, **los cuales corren conjuntamente**, de conformidad con los artículos 431 y 442 del Código General del Proceso.

QUINTO: NOTIFICAR este auto personalmente a la señora Procuradora 180 Judicial I delegada ante este Despacho, anexándole copia del presente auto y de la demanda.

SEXTO: SE RECONOCE personería para actuar en nombre del **FONDO DE CAPITAL PRIVADO CATTLEYA COMPARTIMIENTO 1** al abogado **JAVIER SÁNCHEZ GIRALDO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.282.804 y con Tarjeta Profesional No. 285.297 del Consejo Superior de la judicatura, de conformidad con el poder obrante en el archivo 02 del expediente digital.

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: **9bb50e5542826278e36f9dff900ae4d1b270c22f065cd4fdb6d90fd591dafdda**
Documento generado en 22/09/2023 07:25:06 AM

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, Caldas, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO:	17001-33-33-001- 2013-00488 -00
MEDIO DE CONTROL:	EJECUTIVO
DEMANDANTE:	NÉSTOR DANIEL GALEANO CUERVO
DEMANDADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP
ASUNTO:	INADMITE DEMANDA
AUTO No:	1438
ESTADO No:	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

I. ASUNTO

El Despacho procede a estudiar la admisibilidad de la demanda de la referencia.

II. CONSIDERACIONES

Revisado el expediente, se observa que en este momento resulta improcedente la admisión de la demanda ejecutiva así propuesta por el señor NÉSTOR DANIEL GALEANO CUERVO en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP-, por las siguientes razones:

1. En el expediente no reposa la constancia de ejecutoria de las sentencias que son el fundamento del presente proceso ejecutivo. Por tal razón, deberá allegar la constancia emitida por un Juzgado Permanente en la que conste que las sentencias objeto de ejecución adquirieron ejecutoria, toda vez que las mismas fueron anunciadas en el acápite de medios de prueba, pero no fue aportada.

Con miras a facilitar el acceso a la administración de justicia, y en vista de que el proceso ha sido rechazado por el incumplimiento de este y otros requisitos en otras oportunidades, se le sugiere al abogado Jairo Iván Lizarazo Ávila que radique una solicitud ante la oficina judicial para que el

expediente del proceso ordinario sea remitido ante este Despacho y así emitir la respectiva constancia de ejecutoria, dado que se trata de un proceso que cursó su trámite en un juzgado extinto.

2. Con miras a efectuar los cálculos para proferir el eventual mandamiento de pago, se debe tener conocimiento acerca del monto pensional inicialmente reconocido. El acto administrativo no reposa en el expediente, motivo por el cual la parte deberá allegar copia de la Resolución No. 10684 del 28 de marzo de 2005, mediante la cual se reconoció la pensión de vejez del señor Néstor Daniel Galeano Cuervo. También deberá aportar la resolución por medio de la cual se reliquidó tal prestación (Resolución 11597 del 20 de marzo de 2009).

Aunado a lo anterior, deberá arrimar las certificaciones donde se establezcan los factores salariales devengados sobre los cuales se debía efectuar el cálculo de la prestación pensional.

3. En el apartado de pruebas de la demanda se anuncia el aporte de la Resolución No. RDP019063 del 06 de mayo de 2017, mediante el cual se dice fue modificada la Resolución No. RDP 017557 del 27 de abril de 2017. Sin embargo, ese acto administrativo no reposa en el expediente, motivo por el cual deberá ser aportado porque puede tener incidencia en el cálculo del dinero presuntamente adeudado.
4. En el capítulo de la cuantía se establece que la suma perseguida asciende a \$25.095.922, sin embargo, no hay correspondencia entre esta suma y la que se establece en las pretensiones de la demanda. Así las cosas, de conformidad con el numeral 6 del artículo 162 del CPACA, deberá establecer la cuantía de la demanda de conformidad con las pretensiones de la misma o explicar las razones por las que se establece una cifra en las pretensiones y otra distinta en la estimación de la cuantía de la demanda.
5. En el proceso reposa un poder que refiere las facultades para la reclamación del reintegro de los dineros descontados por concepto de aportes no efectuados, no obstante, en la demanda también se persigue el reconocimiento y pago de unos intereses moratorios. Así las cosas, conforme al artículo 160 del CPACA y 77 y siguientes del Código General del Proceso deberá allegar el poder mediante el cual actúa el apoderado, describiendo

cada una de las acciones para las que se encuentra facultado.

6. En la relación de los hechos no se encuentra una descripción detallada de los tiempos de servicio que fueron objeto de retención o descuento de dineros al momento de la liquidación de la sentencia que pusiera fin al proceso ordinario. Por esta razón, la parte actora deberá explicar los tiempos de servicio que fueron objeto de descuento por la autoridad demandada y cuyo reintegro pretende y aportar las pruebas que considere pertinentes, toda vez que ello no es claro en la demanda.
7. En el expediente reposan unos certificados de factores salariales (Certificación electrónica de tiempos laborados CETIL) que datan de los años 1979 a 2004 (páginas 120 a 140 del archivo 01 del expediente). También reposa la sentencia de primera instancia que se expidió en el proceso ordinario en la que se puede observar una diferencia entre los factores salariales que tuvo en cuenta la juez del proceso (página 69 del archivo 01 del expediente) y los que aparecen en las certificaciones.

Por lo anterior, deberá aportar las certificaciones de lo devengado en el último año de prestación de servicios, pues el certificado allegado a la actuación no concuerda en cuanto a los factores devengados respecto a los factores reconocidos en las sentencias objeto de ejecución, por ende, se hace necesario allegar la certificación con la totalidad de dichos factores y su respectivo valor económico.

La parte también podrá explicar el motivo de tal diferencia pues ello tiene una incidencia directa en el cálculo final de la prestación adeudada y reliquidada, por ende, en el presente trámite ejecutivo.

8. De acuerdo al numeral 8 del artículo 162 del CPACA deberá demostrar el envío de la demanda y la subsanación de la misma a la parte demandada. Toda vez que en el expediente no reposa, por lo menos, la constancia del envío de la demanda.
9. Por tratarse de unas extensas órdenes de corrección se sugiere al apoderado de la parte actora que integre todas las correcciones con la demanda en un mismo documento. Todo con el fin de facilitar el traslado y el ejercicio de defensa y contradicción.

Se advierte que el correo electrónico destinado por el Despacho para recepción de memoriales es el siguiente admin01ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales,

RESUELVE

PRIMERO: INADMITIR la demanda presentada por el señor NÉSTOR DANIEL GALEANO CUERVO en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: ORDENAR a la parte demandante que corrija su demanda, subsanando los defectos indicados en la parte motiva de esta providencia, dentro del término de diez (10) días, so pena de rechazo.

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: **8cf8eb63264c70c9acb21d73dd40efdecaff42e76242288aebcedf8e78aeb527**
Documento generado en 22/09/2023 07:25:07 AM

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 – Caldas, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17001-33-33-001-2014-00591-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	MARIA EDILMA HOYOS ROMERO
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES
ASUNTO	PONE EN CONOCIMIENTO
AUTO	1442
ESTADO	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

Se pone en conocimiento de la parte demandante el título No. 418030001272250 por valor \$614.568,00 consignado por COLPENSIONES a órdenes del despacho por concepto de costas procesales a las que fue condenada dicha entidad en el proceso de la referencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

PAHD

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: 871396c486470062eec175e6cdc79b53b7e052e6988c48d7c49534624d95fb40
Documento generado en 22/09/2023 07:25:09 AM

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 - Caldas, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO:	17001-33-33-001-2015-00062-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	GLORIA INÉS HERNÁNDEZ GÓMEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
AUTO:	1443
ESTADO:	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

I. ASUNTO

El Despacho pasa a resolver sobre la solicitud de corrección presentada por la parte demandante de la providencia proferida por este Despacho el 5 de octubre de 2021, visible en el pdf 14 del expediente híbrido.

II. ANTECEDENTES

Con el fin de resolver la solicitud de corrección se hace necesario, hacer un histórico de las actuaciones surtidas con posterioridad a la sentencia de primera instancia dictada por este Despacho, así:

#	Actuación	Fecha	Folio / Cuaderno
1	Sentencia proferida en audiencia inicial	02/12/2016	89 – 111 C1
2	Solicitud aclaración y/o adición sentencia - presentado por la parte demandante	07/12/2016	113 C1
3	Recurso apelación en contra de la sentencia – presentado por COLPENSIONES	19/12/2016	114 – 121 C1
4	Constancia secretarial	11/01/2017	122 C1
5	Auto No. 038 – Niega solicitud de aclaración y/o adición sentencia	25/01/2017	123 C1
6	Solicitud corrección sentencia - presentado por la parte demandante	01/02/2017	127 C1
7	Recurso apelación en contra de la sentencia – presentado por la parte demandante	01/02/2017	128 C1
8	Constancia secretarial	06/02/2017	129 C1
9	Apelación adhesiva - presentado por la parte demandante	09/02/2017	130 C1

10	Auto No. 182 – Accede solicitud de corrección de sentencia	20/02/2017	131 C1
11	Concede recursos de apelación presentados por ambas partes en contra de la sentencia de primera instancia	01/03/2017	135 C1
12	Oficio del Tribunal Administrativo de Caldas mediante el cual se hace devolución del expediente al juzgado, toda vez que se surtió la segunda instancia	09/04/2019	138 C1
13	Auto No. 1011 – Estese a lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Caldas y no hubo condena en costas	22/04/2019	139 C1
14	Constancia ejecutoria	05/06/2019	142 C1
15	Solicitud de corrección aritmética – presentada por COLPENSIONES	17/07/2020	143 – 155 C1
16	Oficio No. 100 mediante el cual se remite el expediente al Tribunal Administrativo de Caldas para que resuelva la solicitud de corrección aritmética presentada por COLPENSIONES	12/04/2021	PDF 10 – expediente híbrido
17	Auto A.I. 131 del Tribunal Administrativo de Caldas por medio del cual decidió no corregir la sentencia proferida por la Corporación el 14/03/2019	27/05/2021	62 – 65 C3
18	Auto No. 1763 – Estese a lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Caldas y liquida costas a cargo de la parte demandante a favor de la entidad demandada COLPENSIONES	05/10/2021	PDF 11 – expediente híbrido
19	Solicitud corrección auto No. 1763 del 05/10/2021 – presentado por la parte demandante	01/12/2021	PDF 13-14 expediente híbrido

Ahora bien, si se detallan las actuaciones realizadas con posterioridad a la sentencia dictada en primera instancia, se puede observar con total claridad que existen dos autos a través de los cuales se estuvo a lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Caldas y se decidió sobre la liquidación de las costas; en el primer auto proferido el 22 de abril de 2019 no hubo condena en costas, providencia que se encuentra debidamente ejecutoriada, toda vez que ni la parte demandante ni COLPENSIONES interpusieron recursos (Ver folio 139 - pdf 07C1).

Constancia Secretarial.

A despacho del señor juez el expediente proveniente del Tribunal Administrativo de Caldas, donde se revocó la sentencia de primera instancia y no hubo condena en costas.


Juliana Cardona Restrepo
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
MANIZALES CALDAS

Manizales Caldas, veintidós (22) de abril de dos mil diecinueve (2019).

RADICADO	17001-33-33-001-2015-00062-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	GLORIA INÉS HERNÁNDEZ GÓMEZ
DEMANDADO	COLPENSIONES
ASUNTO	OBEDEZCASE Y CUMPLASE
AUTO	1011

Estese a lo resuelto por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS en providencia del 14 de marzo de 2019, por medio de la cual revoca la sentencia de primera instancia proferida por este juzgado el 2 de diciembre de 2016.

En el segundo auto que data del 5 de octubre de 2021, se estuvo a lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Caldas y se liquidaron costas a cargo de la parte demandante y a favor de COLPENSIONES, así:

Constancia Secretarial.	
A despacho del señor juez el expediente proveniente del Tribunal Administrativo de Caldas, donde se revocó la sentencia proferida por este despacho y se ordenó condenar en costas en dicha instancia, por lo cual se presenta la siguiente liquidación de costas.	
CONDENA EN COSTAS A CARGO DE LA PARTE DEMANDANTE A FAVOR DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES	
Agencias en derecho fijadas en la primera instancia:	2.934.951
Agencias en derecho fijadas en segunda instancia:	0
Gastos Procesales	0
Total costas	\$ 2.934.951

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
MANIZALES CALDAS

Manizales Caldas, cinco (05) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

RADICADO	17001-33-33-001-2015-00062-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	GLORIA INES HERNANDEZ GOMEZ
DEMANDADO	COLPENSIONES
ASUNTO	OBEDEZCASE Y CÚPLASE
AUTO	1763
ESTADO	155 DEL 06 DE OCTUBRE DE 2021

Estese a lo resuelto por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS en providencia del 14 de marzo del 2019, por medio de la cual revocó la sentencia de primera instancia proferida el 02 de diciembre de 2016 por este despacho.

Respecto a la liquidación de costas presentada por la secretaria, según lo señalado en el artículo 365-4, y como las agencias en derecho en la primera instancia habían sido fijadas en la suma indicada, y la liquidación se adecúa a lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 366 del CGP *se aprueba* la misma.

De acuerdo con lo anterior, basta decir que por error del Despacho se profirió un segundo auto decidiendo sobre las costas del proceso, cuando solo se debía proferir auto de estese a lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Caldas en providencia del 27 de mayo de 2021, mediante la cual el Tribunal decidió no acceder a la corrección aritmética solicitada por COLPENSIONES, no obstante, además de estarse a lo dispuesto por la segunda instancia se decidió nuevamente sobre la liquidación de costas.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Los autos ilegales:

La jurisprudencia ha expuesto y aplicado la teoría de los autos ilegales, merced a lo cual su ejecutoria no ata al juez ni a las partes y, por ende, se deben desconocer en la primera oportunidad en que se advierte su ilegalidad.

En efecto, se ha sostenido que “...*Los autos fallidos o contrarios a la ley no vinculan, según lo tiene declarado de manera reiterada la doctrina de la Corte, al afirmar que ésta oficiosamente puede revocarlos, como quiera que no puede quedar obligada por su ejecutoria, pues los autos pronunciados con quebranto de normas legales no tienen fuerza de sentencia*” (C.S.J. autos de agosto 29 de 1977, noviembre 28 de 1990, octubre 1º de 1997, entre otros).

Posteriormente expresó que: “...de todos es sabido que los autos ilegales no causan ejecutoria y un error inicial no puede comprometer al Juez a otro (sic)” ...”; mientras que en providencia de noviembre 9 de 2006. M. P. Dr. Julio César Valencia Copete, la misma Corporación replicó diciendo: “...La parte motiva de un auto no ata al juez, el partidor o las partes, salvo que en lo resolutivo se disponga otra cosa; igualmente, **los autos ilegales, aun ejecutoriados, no vinculan al juez, las partes o los auxiliares de la justicia...**”. (Se destaca).

Por su lado, la Corte Constitucional, en su sentencia T-177 de abril 25 de 1995, M. P. Jorge Arango Mejía, respaldó la teoría en referencia al afirmar que “...Además, es bien sabido que en aras de la seguridad procesal, la ley, en principio, no permite que los autos puedan modificarse de oficio. Lo máximo que el funcionario puede hacer, es proceder a su reforma siempre y cuando haya mediado recurso de reposición o solicitud de aclaración. Del inciso segundo del artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1o., numeral 139, del decreto 2282 de 1989, que sólo autoriza para aclarar de oficio autos dentro del término de su ejecutoria, no puede deducirse una facultad amplia para la reforma oficiosa de tales providencias. **Esto, se repite, en principio, pues, como lo ha sostenido la jurisprudencia, los autos manifiestamente ilegales no se ejecutorían realmente, porque se rompe la unidad del proceso....**”, (Destaca el Juzgado), posición que ratifica en la sentencia T-1274 de diciembre 6 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil, cuando expresó:

“...- Sin embargo, no desconoce la Corte que, tal como se argumentó por la autoridad judicial accionada, respecto de la regla procesal de la irrevocabilidad de los autos, la Corte Suprema de Justicia ha establecido por vía jurisprudencial una excepción fundada en que los autos manifiestamente ilegales no cobran ejecutoria y por consiguiente no atan al juez -antiprocesalismo-¹. (Destaca el Juzgado).

“De cualquier manera y si en gracia de discusión se acogiera por la Sala este criterio, se tiene que la aplicación de una excepción de estas características debe obedecer a criterios eminentemente restrictivos, pues de no ser así, so pretexto de enmendar cualquier equivocación, el operador jurídico puede resultar modificando situaciones jurídicas constituidas de buena fe respecto de terceros con fundamento en las providencias judiciales y desconociendo con ello normas de orden público, así como el principio de preclusión de las etapas procesales.² De manera que no cabe duda que de admitirse la

¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de junio 28 de 1979 MP. Alberto Ospina Botero; Sentencia No. 286 del 23 de Julio de 1987 MP. Héctor Gómez Uribe; Auto No. 122 del 16 de junio de 1999 MP. Carlos Esteban Jaramillo Schloss; Sentencia No. 096 del 24 de mayo de 2001 MP. Silvio Fernando Trejos Bueno, entre otras.

² Cfr. Sentencia T-519 de 2005

aplicación de esta excepción, la misma sólo procede cuando en casos concretos se verifica sin lugar a discusión que se está frente a una decisión manifiestamente ilegal que represente una grave amenaza del orden jurídico y siempre que la rectificación se lleve a cabo observando un término prudencial que permita establecer una relación de inmediatez entre el supuesto auto ilegal y el que tiene como propósito enmendarlo ...”. (Subrayas del Juzgado).

Y el Consejo de Estado, también se pronunció al respecto, indicando³:

Ahora, aunque el auto de 13 de septiembre de 2013 se notificó y cobró ejecutoria, e incluso el expediente ya se devolvió al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, tales circunstancias no impiden que el error se enmiende por el suscrito Consejero sustanciador, puesto que es menester hacer prevalecer la legalidad sobre el error, valiéndose para ello de la teoría de que los autos ilegales no atan ni al juez ni a las partes, expuesta y aceptada en múltiples oportunidades por distintos órganos de la Rama Judicial.

Así, pese a que el mencionado auto cobró ejecutoria, su ilegalidad no puede vincular ni a los operadores jurídicos ni a los sujetos procesales que en él intervienen, frente a quienes es menester administrar justicia por los cauces del debido proceso, conforme al ordenamiento Constitucional, que en este evento se materializa en el hecho de que el Magistrado ponente sí tenía competencia para proveer sobre la excepción de caducidad de la acción, y por lo mismo no existía ninguna razón válida que sustentara el auto de 13 de septiembre de 2013, que por lo mismo se dejará sin efecto, para que en efecto se surta el recurso de alzada que por equivocación se truncó por la lectura inapropiada que se le dio a las normas examinadas.

En consecuencia, como la ilegalidad no es fuente de derechos, menos para conferir intangibilidad a los autos expedidos contra el ordenamiento jurídico, a la decisión de dejar sin efectos el auto dictado por este Despacho el 13 de septiembre de 2013, le seguirá la orden de que el Tribunal a-quo remita el expediente respectivo lo más pronto posible, con el fin de que la apelación se surta como corresponde.

Atendiendo a los postulados jurisprudenciales de las tres Altas Cortes que se acaban de citar, la providencia mediante la cual se volvió a decidir sobre la liquidación de costas, resulta manifiestamente ilegal y, por lo tanto, no puede vincular ni las partes ni a esta operadora judicial.

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA
Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO Bogotá D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil trece (2013) Expediente: 760012333000201200469-01

En ese orden de ideas, se declarará la ilegalidad de la providencia del 5 de octubre de 2021 y, consiguientemente, se rechazará, por improcedente, la solicitud de corrección de la misma presentada por la parte demandante.

Como consecuencia de dejar sin efectos el auto proferido por este Despacho el 5 de octubre de 2021, es menester proferir en esta oportunidad la providencia que correspondía, es decir, se deberá estar a lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Caldas en providencia del 27 de mayo de 2021 mediante la cual el Tribunal decidió no acceder a la corrección aritmética solicitada por COLPENSIONES.

IV. DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales,

RESUELVE:

PRIMERO: DEJAR SIN EFECTOS el auto proferido por este Despacho el 05 de octubre de 2021, por lo dicho en la parte motiva.

SEGUNDO: RECHAZAR por improcedente, la solicitud de corrección del auto proferido el 5 de octubre de 2021, formulada por la parte demandante, en virtud de lo dicho en el ordinal anterior y en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ESTESE a lo resuelto por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS en providencia del 27 de mayo de 2021 mediante la cual el Tribunal decidió no acceder a la corrección aritmética solicitada por COLPENSIONES.

CUARTO: EJECUTORIADO el presente proveído, por secretaría del Despacho regresar el expediente al archivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA

JUEZ

PAHD

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: **ae047567d3484bc4a9f125fa971b516b77d13de22039985ad203e9f033d6a3b8**

Documento generado en 22/09/2023 07:25:10 AM

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 – Caldas, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO	17001-33-33-001- 2017-00041 -00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	ANDRÉS ARISTIZÁBAL LÓPEZ
DEMANDADO	MUNICIPIO DE MANIZALES
LLAMADOS EN GARANTIA	PREVISORA S.A y A.X.A COLPATRIA SEGUROS
ASUNTO	PONE EN CONOCIMIENTO
AUTO	1460
ESTADO	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

Se pone en conocimiento de las partes el título No. 418030001274968 por valor \$438.901,00 consignado por el MUNICIPIO DE MANIZALES a órdenes del despacho en el proceso de la referencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

PAHD

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: **d6bf445e0acc5d9f943796e44a056491d9a7274a12b76443fb70505432ed883f**

Documento generado en 22/09/2023 04:43:49 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 – Caldas, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO	17001-33-33-001-2017-00042-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	JOSE ALDEMAR VILLA AMARILES
DEMANDADO	MUNICIPIO DE MANIZALES
LLAMADOS EN GARANTIA	PREVISORA S.A Y A.X.A COLPATRIA SEGUROS
ASUNTO	PONE EN CONOCIMIENTO
AUTO	1461
ESTADO	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

Se pone en conocimiento de las partes el título No. 418030001274973 por valor de \$438.901,00 consignado por el MUNICIPIO DE MANIZALES a órdenes del despacho, en el proceso de la referencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

PAHD

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: bf7e11d3d188b35793a32ce1d25eb5127a96ab7e843dc89bb66d0457e2172e95

Documento generado en 22/09/2023 04:43:50 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, Caldas, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO:	17001-33-33-001- 2017-00324 -00
MEDIO DE CONTROL:	EJECUTIVO
DEMANDANTE:	LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
DEMANDADO:	JOSÉ ASDRÚBAL GIRALDO CARDONA
ASUNTO:	ESTESE A LO DISPUESTO CORTE CONSTITUCIONAL - INADMITE DEMANDA
AUTO No:	1447
ESTADO No:	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

I. ASUNTO

ESTESE a lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en providencia del 21 de junio de 2023, mediante la cual le asignó el conocimiento a este Despacho Judicial del proceso de la referencia.

En virtud de lo anterior, el Despacho procede a estudiar la admisibilidad de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

Revisado el expediente, se observa que en este momento resulta improcedente la admisión de la demanda ejecutiva así propuesta por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en contra del señor JOSÉ ASDRÚBAL GIRALDO CARDONA, por las siguientes razones:

1. Deberá allegar la constancia de ejecutoria del auto que aprueba las costas procesales pretendidas, toda vez que no fue aportada.
2. Deberá presentar la liquidación de intereses que pretende ejecutar, en atención a que solo establece el capital a cobrar por concepto de costas y menciona los intereses pero no los cuantifica.

3. Deberá aportar los datos de notificación de la parte demandada, pues la manifestación *“a la parte ejecutada en los datos de notificación que aparecen en el expediente, es decir en la demanda inicial”*, no cumple con la carga procesal que le corresponde en los términos del numeral 7 del artículo 162 del CPACA modificado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021.

Se advierte que el correo electrónico destinado por el Despacho para recepción de memoriales es el siguiente admin01ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales,

RESUELVE

PRIMERO: INADMITIR la demanda presentada por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en contra del señor JOSÉ ASDRÚBAL GIRALDO CARDONA, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: ORDENAR a la parte demandante que corrija su demanda, subsanando los defectos indicados en la parte motiva de esta providencia, dentro del término de diez (10) días, so pena de rechazo.

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: **d35529acbe6b0555daafdea159c9f4cb8e64f994fb2a9942f0ea89029699292c**

Documento generado en 22/09/2023 03:35:31 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 – Caldas, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO	17001-33-33-001-2017-00409-00
MEDIO DE CONTROL	EJECUTIVO
DEMANDANTE	LUZ HELENA CORRALES ÁLVAREZ Y OTROS
DEMANDADO	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
ASUNTO	TERMINA PROCESO POR PAGO
AUTO	1432
ESTADO	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

Procede el Despacho a decidir sobre la terminación por pago del proceso de la referencia y a resolver otros asuntos.

I. ANTECEDENTES

Mediante auto proferido el 26 de julio de 2018 se ordenó librar mandamiento de pago, en los siguientes términos:

a). Dos millones trescientos veinticuatro mil ciento sesenta y un pesos con siete centavos m/cte. (\$ 2.324.161,7), correspondiente al valor total a indemnizar al señor Julio César Corrales Alvarez por concepto de daño

b). Diez millones cuatrocientos noventa y cinco mil novecientos cincuenta y ocho pesos m/cte, con nueve centavos (\$ 10.495.958,9), correspondiente al valor total a indemnizar al señor Julio César Corrales Alvarez por concepto de Lucro Cesante y **doce millones quinientos sesenta y ocho mil cuatrocientos veinte pesos m/cte con noventa y siete centavos (\$ 12.568.420,97),** por concepto de intereses moratorios de la indemnización mencionada.

c). Cuarenta y tres millones ciento veinte mil pesos m/cte, (\$ 43.120.000), correspondiente al valor total a indemnizar al señor Julio César Corrales Alvarez por concepto de perjuicios morales y **cincuenta y un millones seiscientos treinta y cuatro mil ciento ochenta y siete pesos m/cte con setenta y tres centavos (\$ 51.634.187,73),** por concepto de intereses moratorios de la indemnización aludida.

d). Diez y siete millones doscientos cuarenta y ocho mil pesos m/cte, (\$17.248.000) correspondiente al valor total a indemnizar a los señores Jhon Sebastián Corrales Ríos, Nidia Alejandra Corrales Toro y Jhonnatan David Corrales Toro por concepto de perjuicios morales, dicha suma es la que le corresponde a cada uno. Y **veinte millones seiscientos cincuenta y tres mil seiscientos setenta y cinco pesos m/cte con nueve centavos (\$20.653.675,09),** por concepto de intereses moratorios de la suma referida, lo cual se ha de cancelar de manera individual a cada uno de los demandantes.

e). Ocho millones seiscientos veinticuatro mil pesos m/cte, (\$8.624.000) correspondiente al valor total a indemnizar a los señores Gloria Isabel Corrales Alvarez, Flor de María Corrales Alvarez, Luz Marina Corrales Alvarez, Luz Elena Corrales Alvarez y Luis Ernesto Corrales Alvarez, por concepto de perjuicios morales, dicha suma es la que le corresponde a cada uno. Y **Diez millones trescientos veintiséis mil ochocientos treinta y siete pesos m/cte con cincuenta y cinco centavos (\$ 10.326.837,55),** por

concepto de intereses moratorios de la suma referida, lo cual se ha de cancelar de manera individual a cada uno de los demandantes.

Por auto proferido el 31 de julio de 2019, se ordenó seguir adelante con la ejecución en la forma indicada en el mandamiento de pago y se ordenó la liquidación del crédito en los términos del artículo 446 del CGP.

El 14 de abril de 2023, previo requerimiento de este Despacho, la apoderada judicial de la parte ejecutante presentó liquidación del crédito por la suma de \$31.224.605. (PDF 17 del expediente híbrido)

De la anterior liquidación se corrió traslado a la contraparte, término dentro del cual la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN objetó la liquidación presentada por la parte ejecutante.

Posteriormente, el 9 de agosto de 2023 se modificó la liquidación del crédito presentada por la parte ejecutante y se ordenó la respectiva entrega de los títulos judiciales.

II. CONSIDERACIONES

Previo a dilucidar sobre la terminación de este proceso por pago total de la obligación, se evidencia que mediante memorial visible en el PDF 26 del expediente híbrido, la apoderada de la parte demandante manifestó que el demandante Luis Ernesto Corrales Álvarez había

fallecido, motivo por el cual el crédito que le fue reconocido en providencia del 9 de agosto de 2023 por valor de \$33.210.504 se encuentra a disposición de la masa sucesoral del señor Corrales Álvarez, en un depósito judicial en el Banco Agrario de Colombia.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el auto del 9 de agosto de 2023 mediante el cual se modificó el crédito y se ordenó la entrega de títulos judiciales a la parte demandante conforme a la liquidación del crédito, se encuentra debidamente ejecutoriado, toda vez que ni la parte demandante ni la Fiscalía General de la Nación interpusieron recursos, el Despacho procedió el día 22 de agosto de 2023 a autorizar la entrega de ocho títulos judiciales mediante el aplicativo del Banco Agrario a nombre de cada uno de los demandantes Julio César Corrales Álvarez, Jhon Sebastián Corrales Ríos, Nidia Alejandra Corrales Toro, Jhonatan David Corrales Álvarez, Gloria Isabel Corrales, Flor de María Corrales Álvarez, Luz Marina Corrales Álvarez y Luz Elena Corrales Álvarez.

Igualmente se evidencia que, con la entrega de los ocho depósitos judiciales, se cubrió la totalidad del crédito que fue liquidado, exceptuando el título que corresponde al señor Luis Ernesto Corrales Álvarez (q.e.p.d) que se encuentra en calidad de constituido en el Banco Agrario de Colombia a disposición de la masa sucesoral del señor Corrales Álvarez; atendiendo a que con el presente proceso ejecutivo se pretendía el pago de una suma de valor por concepto de perjuicios causados a los demandantes y sus respectivos intereses, es decir, se trataba de una obligación de ejecución instantánea y no de tracto sucesivo, queda claro que con el pago realizado el pasado 22 de agosto a los demandantes, la entidad ejecutada Fiscalía General de la Nación se encuentra a paz y salvo con la parte demandante.

Así las cosas, y al encontrarse que el crédito se encuentra totalmente pagado con los depósitos judiciales que fueron autorizados el 22 de agosto de 2023 y que no existe impedimento legal para proceder de conformidad, se dispone la terminación del proceso por pago total de la obligación reclamada.

Teniendo en cuenta que para el presente proceso se encontraban disponibles los depósitos judiciales 418030001116475 por valor de \$490.000.000,00 y 418030001357706 por valor de \$432.241.446,00 y que se ordenó la entrega del primer título y el fraccionamiento del segundo para realizar el pago del crédito, al efectuar una nueva consulta en el aplicativo del Banco Agrario se evidencia que después de autorizado el pago de los ocho depósitos judiciales a los señores Julio César Corrales Álvarez, Jhon Sebastián Corrales Ríos, Nidia Alejandra Corrales Toro, Jhonatan David Corrales Álvarez, Gloria Isabel Corrales, Flor de María Corrales Álvarez, Luz Marina Corrales Álvarez y Luz Elena Corrales Álvarez, quedó a disposición de este Despacho el título No. 418030001427865 por valor de \$365.820.438,00.

De acuerdo a lo anterior se ordenará el fraccionamiento del título No. 418030001427865 por valor de \$365.820.438,00 para dejar como constituido en el Banco Agrario el título que hace parte de la masa hereditaria del señor Luis Ernesto Corrales Álvarez (q.e.p.d.) por valor de \$33.210.504 hasta tanto se presente la persona o personas a las que se les haya sido asignado en el proceso sucesorio y el valor restante \$332.609.934 será devuelto a la entidad demandada Fiscalía General de la Nación.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales

RESUELVE:

PRIMERO: TERMINAR POR PAGO TOTAL DE LA OBLIGACIÓN el presente proceso ejecutivo adelantado por los señores Julio César Corrales Álvarez, Jhon Sebastián Corrales Ríos, Nidia Alejandra Corrales Toro, Jhonatan David Corrales Álvarez, Gloria Isabel Corrales, Flor de María Corrales Álvarez, Luz Marina Corrales Álvarez y Luz Elena Corrales Álvarez y Luis Ernesto Corrales Álvarez (q.e.p.d) en contra de la

Fiscalía General de la Nación, en consideración a las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECRETAR el levantamiento de la medida de embargo de las cuentas que posea la Fiscalía General de la Nación en los siguientes establecimientos bancarios: BANCO DE OCCIDENTE, BANCO CAJA SOCIAL, BANCO AV VILLAS, BANCO AGRARIO, BANCO BBVA, BANCO DAVIVIENDA, BANCO POPULAR, BANCO DE BOGOTÁ, BANCOLOMBIA.

Considerando que de la revisión del expediente virtual se avizora que la medida de embargo fue comunicada a las entidades financieras, COMUNÍQUESE igualmente esta decisión de levantamiento de las medidas cautelares decretadas.

TERCERO: El crédito por valor de \$33.210.504 reconocido a favor del señor Luis Ernesto Corrales Álvarez (q.e.p.d.) mediante providencia del 9 de agosto de 2023 quedará como depósito judicial constituido en el Banco Agrario a disposición de la masa herencial del señor Luis Ernesto Corrales Álvarez hasta tanto se presente la persona o personas a las que se les haya sido asignado en el proceso sucesorio.

CUARTO: SE ORDENA la entrega del título judicial No. 418030001427865 por un valor de \$332.609.934 a la Fiscalía General de la Nación de conformidad con las razones expuestas.

Por lo anterior, EFECTÚENSE los trámites respectivos para la devolución del título judicial por la Secretaría del Despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA

JUEZ

PAHD

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: **14ee9086ab4901e14478d051a8763a6865e352126b889246adda455226e40f7e**

Documento generado en 22/09/2023 07:25:10 AM

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, Caldas, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO:	17001-33-33-001- 2018-00013 -00
MEDIO DE CONTROL:	EJECUTIVO
DEMANDANTE:	LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
DEMANDADA:	MARÍA JUDITH HENAO RINCÓN
ASUNTO:	ESTESE A LO DISPUESTO CORTE CONSTITUCIONAL INADMITE DEMANDA
AUTO No:	1448
ESTADO No:	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

I. ASUNTO

ESTESE a lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en providencia del 08 de junio de 2023, mediante la cual le asignó el conocimiento a este Despacho Judicial del proceso de la referencia.

En virtud de lo anterior, el Despacho procede a estudiar la admisibilidad de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

Revisado el expediente, se observa que en este momento resulta improcedente la admisión de la demanda ejecutiva así propuesta por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en contra de la señora MARÍA JUDITH HENAO RINCÓN, por las siguientes razones:

1. Deberá allegar la constancia de ejecutoria del auto que aprueba las costas procesales pretendidas, toda vez que no fue aportada.
2. Deberá presentar la liquidación de intereses que pretende ejecutar, en atención a que solo establece el capital a cobrar por concepto de costas y menciona los intereses pero no los cuantifica.

3. Deberá aportar los datos de notificación de la parte demandada, pues la manifestación “*a la parte ejecutada en los datos de notificación que aparecen en el expediente, es decir en la demanda inicial*”, no cumple con la carga procesal que le corresponde en los términos del numeral 7 del artículo 162 del CPACA modificado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021.

Se advierte que el correo electrónico destinado por el Despacho para recepción de memoriales es el siguiente admin01ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales,

RESUELVE

PRIMERO: INADMITIR la demanda presentada por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en contra de la señora MARÍA JUDITH HENAO RINCÓN, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: ORDENAR a la parte demandante que corrija su demanda, subsanando los defectos indicados en la parte motiva de esta providencia, dentro del término de diez (10) días, so pena de rechazo.

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: **c18076cc845bd3f23bf7bb2d030c273977701aa971ffc3c98f2eda53f02e8aaa**

Documento generado en 22/09/2023 03:35:32 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 – Caldas, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17001-33-33-001- 2018-00155 -00
MEDIO DE CONTROL	EJECUTIVO
DEMANDANTE	MARIA OLGA LOAIZA MARÍN
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES
ASUNTO	REQUIERE PARTE DEMANDANTE
AUTO	1444
ESTADO	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

Del estudio del expediente se evidencia que se encuentra pendiente resolver sobre la liquidación del crédito.

Al respecto, considera este Despacho Judicial que en aras de dar impulso al proceso corresponde requerir a la parte demandante para que en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación del auto, actualice la liquidación del crédito, toda vez que la presentada el 25 de mayo de 2021 se encuentra desactualizada.

Surtido el traslado de la liquidación de crédito conforme al numeral 2 del artículo 446 del CGP por la secretaría del Despacho, el proceso será remitido al contador del Tribunal Administrativo de Caldas Dr. Jhon Henry Gómez Osorio, para que bajo su colaboración se realice la respectiva revisión y validación de la liquidación. Una vez el expediente regrese al Juzgado se resolverá si la misma es aprobada o modificada.

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de COLPENSIONES a la sociedad MUÑOZ MEDINA ABOGADOS S.A.S., identificada con NIT. No. 900.847.273-4 para representar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES de conformidad con el poder general otorgado mediante Escritura Pública No. 3365 de 2019 y a la abogada DANIELA ARIAS OROZCO, identificada con

Cédula de Ciudadanía No. 1.053.812.490 y Tarjeta Profesional No. 270.338 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en representación de la misma entidad conforme a la sustitución poder realizado por el abogado SANTIAGO MUÑOZ MEDINA, en su condición de representante legal suplente de la sociedad, documentación visible en el PDF 24 del expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

PAHD

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: **d7563e6d3082ecc1027d00bdfbb7f5d9b0cbe642af3a108695896b4304fbf7d6**

Documento generado en 22/09/2023 07:25:11 AM

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

Constancia Secretarial: Dentro del presente proceso se emitió sentencia de primera instancia el día 27 de julio de 2023 la cual se notificó mediante estado electrónico el 28 de julio de 2023; que los 2 días dispuestos por el artículo 205 del CPACA modificado por el Decreto 2080 de 2021 transcurrieron los días 31 de julio y 1° de agosto de 2023, el término de ejecutoria transcurrió entre los días 2 y 16 de agosto de 2023; mediante memoriales enviados al correo electrónico del Despacho los días 11 y 14 de agosto de 2023 las entidades demandadas DEPARTAMENTO DE CALDAS, COLPENSIONES y la ESE HOSPITAL SANTA TERESITA DE PACORA, interpusieron recursos de apelación en contra de la providencia referida.



Paula Andrea Hurtado Duque
Secretaria

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales - Caldas, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO	17001-33-33-001- 2018-00470-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS
DEMANDADO	LA NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, DEPARTAMENTO DE CALDAS y ESE HOSPITAL SANTA TERESITA DE PÁCORA-CALDAS
ASUNTO	CONCEDE RECURSO DE APELACIÓN
AUTO	1445
ESTADO	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

Revisado el expediente se evidencia que el DEPARTAMENTO DE CALDAS, COLPENSIONES y la ESE HOSPITAL SANTA TERESITA DE PACORA interpusieron recurso de apelación en contra de la sentencia proferida el 27 de julio de 2023, así las cosas, al tenor de los artículos 243 y 247 de la Ley 1437 de 2011 modificada por la Ley 2080 de 2021, por su oportunidad y procedencia, SE CONCEDEN en el efecto suspensivo, los recursos de apelación interpuestos en contra de la sentencia de primera instancia.

EJECUTORIADA esta providencia, remítase el expediente digitalizado a la Oficina Judicial, a través de la ventanilla virtual, para su reparto en el H. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, para los efectos del recurso concedido.

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de COLPENSIONES

a la sociedad MUÑOZ MEDINA ABOGADOS S.A.S., identificada con NIT. No. 900.847.273-4 para representar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES de conformidad con el poder general otorgado mediante Escritura Pública No. 3365 de 2019 y a la abogada DANIELA ARIAS OROZCO, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 1.053.812.490 y Tarjeta Profesional No. 270.338 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en representación de la misma entidad conforme a la sustitución poder realizado por el abogado SANTIAGO MUÑOZ MEDINA, en su condición de representante legal suplente de la sociedad, documentación visible en el PDF 64 del expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

PAHD

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: 8371293ba1ebe564a03f924d9859e9d83ce39ded9340e9f6c6f91e678102aee6

Documento generado en 22/09/2023 07:25:12 AM

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 – Caldas, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17001-33-33-001- 2018-00540 -00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	STELLA TRUJILLO DE GRANADA
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG
ASUNTO	REQUIERE VIGENCIA PODER
AUTO No	1446
ESTADO No	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

Revisado el proceso de la referencia, se evidencia que a la fecha no ha sido posible dar cumplimiento al auto No. 0073 del 24 de enero de 2023, en cuanto a la entrega del título judicial No. 418030001185062 por un valor de \$25.320.000 a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por haberse declarado la terminación del proceso por pago, toda vez que la entidad demandada no ha suministrado la información que se le requirió en dicha providencia, sobre informar si el poder otorgado a la abogada Jeimmy Alejandra Oviedo Cristancho aún se encontraba vigente para recibir el título mencionado.

De acuerdo con lo anterior, se **REQUIERE** por **SEGUNDA VEZ** a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO para que dentro de los **CINCO (5) DÍAS** siguientes a la notificación de esta providencia, informe si la abogada Jeimmy Alejandra Oviedo Cristancho, identificada con la cédula de Ciudadanía 1.057.596.018 y Tarjeta Profesional No. 299.477 del C.S.J, aún tiene facultades para recibir el título judicial mencionado.

Lo anterior es así, pues si bien el poder otorgado a la profesional mencionada se encuentra vigente, pudo haber cambio de apoderado en la entidad demandada, por lo que se hace necesario contar con dicha información actualizada.

Ahora bien, en caso de que la abogada Jeimmy Alejandra Oviedo Cristancho no tenga vínculo con LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, dicha entidad deberá constituir un nuevo apoderado, aportando el poder de conformidad con las previsiones del Código General del Proceso (presentación personal) o del artículo 5o de la Ley 2213 de 2022 (anexando la prueba del mensaje de datos por medio del cual se confirió el poder) y con la facultad expresa de recibir.

La información solicitada deberá ser remitida al correo electrónico dispuesto para la recepción de memoriales admin01ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

PAHD

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: **a2c066c297afaec7b49a2e2917a3e8b4f6d61aa3e66608ca498f5fecf3a60722**

Documento generado en 22/09/2023 07:25:13 AM

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, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2019-00284-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	ROSALBA BAÑOL DE ORREGO
DEMANDADA:	LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICÍA NACIONAL
SENTENCIA n°:	212
ESTADO n°:	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

I. 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.

II. ANTECEDENTES

2.1. Elementos fácticos relevantes

Teniendo en cuenta que la fijación del litigio contiene los elementos fácticos fundamentales sobre los cuales versa el presente proceso y, además, trae consigo el problema jurídico que debe resolverse en esta instancia, se transcribe en los siguientes términos¹:

1. La señora Rosalba Bañol de Orrego es madre de Julio César Orrego Bañol (q.e.p.d). *Hecho aceptado por la entidad demandada en la respuesta al hecho n° 1 de la demanda, por constar en el registro civil de nacimiento.*
2. La señora Rosalba Bañol presentó solicitud para el reconocimiento de una pensión de sobreviviente ante la Policía Nacional, por el fallecimiento de su hijo Julio César Orrego Bañol, según la parte actora, en actos meritorios del servicio

¹ Se resalta que la propuesta de fijación del litigio fue aceptada por las partes al guardar silencio frente al auto por medio del cual se adoptó tal fijación.

- en el Municipio de Mutatá, Departamento de Antioquia. *Hecho que se documenta en las páginas 24 a 35 y 107 a 112 del archivo 01CuadernoUno.pdf.*
3. Según el acta de defunción expedida por el registrador municipal del estado civil de Mutatá, Antioquia, el señor Julio César (q.e.p.d) falleció en ese ente territorial el 16 de enero de 1990. Esta circunstancia se confirma con el certificado individual de defunción. *Hecho documentado en las páginas 37, 39, 49, 115 a 121 del archivo 01CuadernoUno.pdf.*
 4. El señor Julio César Orrego Bañol falleció como consecuencia de una laceración encefálica por proyectil de arma de fuego. *Hecho documentado en las páginas 41-42 del archivo 01CuadernoUno.pdf.*
 5. La Policía Nacional respondió la solicitud pensional de manera negativa. Frente a esta decisión se formularon los recursos procedentes. *Hechos documentados en las páginas 51-56 y 113-114 del archivo 01CuadernoUno.pdf.*

2.2. Pretensiones de la demanda

La parte actora pretende la nulidad del oficio nº 048406/ARPRE-GRUPE-1.10 del 20 de septiembre de 2017; en consecuencia, persigue el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en su favor por el fallecimiento de su hijo en actos meritorios del servicio en la Policía Nacional de Colombia.

2.3. Argumentos que sustentan las pretensiones

Las razones de sus peticiones se fundan en que el artículo 121 del Decreto 97 de 1989 -Vigente para la época de los hechos-, consagra el reconocimiento de esta prestación para personas que no cumplieron con los 12 años de servicio dentro de la institución; correspondiente al 50% de las partidas señaladas en el artículo 98 del estatuto.

Se resalta que la parte actora insiste en que, si bien la norma habla de cónyuge e hijos, no excluye la posibilidad de realizar el reconocimiento para los padres, como lo sostiene la Policía Nacional, en el caso en que el agente no tenga esposa ni hijos o hijas. De hecho, el artículo 130 del decreto ya mencionado establece el orden de beneficiarios, dentro de los que se encuentran los padres.

En este sentido, indica que la norma que establece que solo los cónyuges, hijas e hijos del agente fallecido pueden acceder a la pensión de sobrevivientes es inconstitucional y debe ser inaplicable debido a que los padres del fallecido eventualmente quedarían desprotegidos si dependían económicamente de quien perdiera la vida en actos del servicio.

2.4. Contestación de la demanda

La Policía Nacional, luego de pronunciarse sobre los hechos de la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en resumen, por considerar que la norma en la que se funda la petición de la parte actora establece que el reconocimiento de tal prestación solo la deben percibir los cónyuges, hijos e hijas de quien fallece en servicio. También aseguró que el acto administrativo cuya nulidad se pretende, fue expedido por la autoridad competente y fue proferido con el lleno de las formalidades establecidas en la ley.

Pese a que en el escrito se hable de “FERNANDO VILLEGAS”, se puede entender que, según la Policía Nacional, no se reúnen las condiciones para tener derecho a la pensión por muerte. Para fortalecer la estrategia de litigio, la entidad pública trajo a colación sentencias de Tribunales Administrativos que pueden servir para ilustrar la solución del caso.

En el anterior contexto, el Despacho establece como problema jurídico que debe resolverse en esta instancia el siguiente:

¿La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo en actos del servicio cuando se desempeñaba como agente de la Policía Nacional de Colombia?

En caso afirmativo se deberá responder:

¿Se ha configurado la prescripción trienal de las prestaciones pretendidas?

Con la respuesta que se emita a estos problemas jurídicos se resolverá el litigio y, de contera, los argumentos de defensa expuestos por la entidad demandada.

2.5. Alegatos de conclusión

2.5.1. Policía Nacional (Archivo 18 del expediente)

La entidad demandada, en resumen, recordó la petición que dio origen al presente litigio y citó el fundamento jurídico de tal decisión (artículo 121 del Decreto 097/89). Ello, con el fin de sostener que el acto administrativo cuestionado fue dictado con el lleno de las formalidades establecidas en la ley y en los reglamentos, no existiendo nulidad alguna en su expedición. Según sus dichos, el acto fue expedido por la entidad competente y la motivación del mismo fue seria y suficiente para negar el reconocimiento pensional al no acreditar los requisitos legales.

También aseguró que el principio de irretroactividad de la ley se encuentra matizado por el de retrospectividad, pero este no es de aplicación absoluta e indiscriminada, sino que requiere que las circunstancias fácticas y jurídicas aún se encuentren en desarrollo al momento de entrada en vigencia de la ley nueva, o que sus efectos se mantengan en el tiempo, es decir, que la situación jurídica no se encuentre consolidada de acuerdo con las disposiciones de la ley anterior. No puede pretenderse que, en virtud del carácter imprescriptible del derecho a la pensión, las personas puedan ampararse en leyes expedidas años y décadas después de haberse resuelto la situación jurídica bajo normas anteriores, con requisitos completamente distintos.

2.5.2. Parte demandante (archivo 19 del expediente)

En síntesis, el apoderado de la parte actora se ratificó en los hechos y las pretensiones de la demanda, fundamentado en el artículo 121 del Decreto 97 de 1989, vigente para la época de los hechos. Norma que fue explicada a la largo del documento y en la que se enfatizó que, en sí misma, esa disposición no niega la posibilidad para que los padres del fallecido puedan acceder a la prestación económica allí contenida.

Lo anterior, se debe interpretar de la mano de lo previsto en el artículo 130 de igual conjunto normativo, según el cual se establecen un orden de beneficiarios en los que se encuentra relacionados “los padres”. Así las cosas, teniendo en cuenta que, para la época de los hechos, el causante Julio César Orrego Bañol no se encontraba casado ni tenía hijos, el orden de los beneficiarios por las prestaciones sociales por causa de muerte de un Agente, incluye a los padres, razón por la cual se debe reconocer la pensión de sobrevivientes a la señora Rosalba Bañol de Orrego.

En sus palabras, la parte demandante afirmó que la norma atacada discrimina sin justificación a los padres del causante, en favor de los cónyuges con hijos. El artículo 121 en su literal d, no determinó las razones por las que sólo los cónyuges con hijos tenían derecho a una pensión cuando el agente fallecía en actos del servicio y tenía menos de 12 años del servicio. Motivo por el cual debe ser inaplicada ante la posible interpretación que deja desprotegidos de manera injusta y desproporcionada los padres que dependían económicamente del agente fallecido.

Más adelante se pidió aplicar la excepción de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad, ya que no existen en el Decreto 97 de 1989, razones suficientes que justifiquen el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes solo a los cónyuges o hijos de los agentes de la Policía Nacional que fallecieron en actos meritorios del servicio, a pesar de que en el mismo decreto los padres aparecen en el orden de beneficiarios de las prestaciones sociales por causa de muerte de un agente de esa misma institución en servicio activo o en goce de la asignación de retiro o pensión.

Para finalizar propuso una interpretación teleológica de la norma, según la cual el fin de la misma es brindar protección económica mensual de por vida a los familiares sobrevivientes de los agentes que fallecieron en actos meritorios del servicio.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia y control de legalidad

Este Despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Por otro lado, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para comparecer al proceso, se encuentran debidamente representadas, la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la entidad demandada fue notificada adecuadamente, se corrió traslado de las excepciones, se celebraron las audiencias previstas en la ley, se recaudaron los medios probatorios decretados, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, razón por la cual, es posible proferir sentencia que ponga fin a la primera instancia.

Se recuerda que al finalizar cada etapa procesal se efectuó el control de legalidad, sin que se encontraran errores que ameritaran la adopción de medidas de saneamiento. No se advirtió 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 los elementos fácticos y jurídicos reseñados en la etapa antecedente, tenemos que, en resumen, la parte actora pretende el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes como consecuencia de la muerte en actos meritorios del servicio del señor Julio César Orrego Bañol (Q.E.P.D). Para sustentar su estrategia de litigio, la parte actora estima que se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad tendiente a la inaplicación del artículo 121 del Decreto 97 de 1989 que estableció el reconocimiento solo para el/la cónyuge y los hijos/hijas del causante.

En línea con lo anterior, también propuso que la finalidad de la norma consiste en reconocer una prestación económica en favor de quienes son familiares o personas más allegadas al servidor del Estado; de manera que, en su opinión, no existen motivos para negar la posibilidad de acceder a la prestación económica a la señora madre del agente del Estado fallecido en actos del servicio.

La Policía Nacional se opone a lo perseguido por la parte actora por estimar que la norma que se aplica al caso concreto establece a quien se le debe efectuar tal reconocimiento, motivo por el cual el acto administrativo por medio del cual se resolvió la petición no contiene vicios de nulidad que ameriten un pronunciamiento judicial de tal magnitud.

Para esta servidora judicial resulta necesario indicar que sobre la muerte en la prestación del servicio no será necesario pronunciamiento alguno debido a que dicha situación no fue desconocida por la Policía Nacional, el centro de la discusión estriba en el orden o el derecho que tiene la demandante a la prestación económica prevista en el artículo 121 del Decreto 97 de 1989.

En el contexto reseñado se debe recordar que en la fijación del litigio se plantearon dos problemas jurídicos, a saber:

¿La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo en actos del servicio cuando se desempeñaba como agente en la Policía Nacional de Colombia?

En caso afirmativo se deberá responder:

¿Se ha configurado la prescripción trienal de las prestaciones pretendidas?

Como complemento a la primera pregunta, será necesario establecer si a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana es posible encontrar acreditada alguna circunstancia que permita aplicar la excepción de inconstitucionalidad, por ejemplo, que la demandante tuviera una dependencia económica con el causante. De manera que las preguntas acabadas de plantear marcan el rumbo de la decisión que mediante esta providencia se adoptará.

3.3. Tesis del Despacho

En criterio de esta servidora judicial, con sujeción a la valoración individual y en conjunto del material probatorio que reposa en el expediente, así como del análisis normativo y jurisprudencial que rodea el caso concreto, se estima que no están dadas las condiciones para acceder a las pretensiones de la demanda. Las razones son fundamentalmente dos, la primera tiene que ver con el alcance del artículo 121 del Decreto 97 de 1989 y la interpretación extensiva que pretende hacer la demandante sosteniendo que se debe aplicar para esos efectos lo contemplado en el artículo 130 de ese mismo cuerpo normativo.

En este sentido, el Juzgado discrepa de la propuesta interpretativa de la parte actora, pues se trata de una distinción que la norma no prevé y puede acarrear posibles alteraciones a las intenciones del autor de la norma y al principio de libertad de configuración legislativa o, en este caso, normativa.

Por otro lado, la segunda razón tiene que ver con la ausencia de una circunstancia que haga viable la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad. En el proceso no se acreditó el fundamento que sustenta la violación a disposiciones iusfundamentales de la Constitución Política de 1991 con la aplicación del artículo 121 del Decreto 97 de 1989.

Por lo visto, se puede concluir que en la presente *litis* la parte actora no demostró ni siquiera la dependencia económica con el causante que haga viable invocar la excepción de inconstitucionalidad para el reconocimiento de la prestación pretendida. Tal y como lo entiende esta célula judicial, la discusión planteada por las partes gira en torno a la imposibilidad de reconocer una prestación a una persona distinta de la cónyuge o los hijos del fallecido, circunstancia fijada por el artículo 121 del Decreto 97 de 1989. Sin embargo, las razones o condiciones que se intentaron argumentar para eventualmente hacer posible la inclusión de la madre del causante como beneficiaria de una prestación, no se encuentran demostradas en el proceso.

Esta servidora judicial no puede suponer las condiciones económicas de la demandante, ni el número de hijos que se encargan de su manutención, por eso, acreditar tan solo el parentesco con el causante no es suficiente para que se efectúe una excepción de inconstitucionalidad. La acreditación de la situación económica de la demandante podría ser determinante para apuntalar una excepción de inconstitucionalidad, en ausencia de una norma que autorice expresamente el reconocimiento de una prestación en cabeza de la madre. Sin embargo, estas probanzas brillan por su ausencia.

Pese a todo lo anterior, el Despacho no puede pasar por alto que es posible encontrar indicios de la carencia de dependencia económica de la demandante con el causante, cuando la muerte ocurrió el **16 de enero de 1990**, y la demanda se presentó el **23 de abril de 2019**, es decir, más de 29 años después, circunstancia que, por sí sola, puede poner en duda la dependencia económica de la señora Rosalba Bañol de Orrego con quien en vida se llamó Julio César Orrego Bañol.

La tesis acabada de exponer se fundamenta en las siguientes razones:

3.3.1. Análisis normativo y jurisprudencial del caso concreto

Tal y como se acreditó en el presente proceso, el tema central objeto de debate gira en torno al reconocimiento de una prestación económica en favor de la señora Rosalba Bañol de Orrego como consecuencia de la muerte en servicio del señor Julio César Orrego Bañol. No hay duda de estas circunstancias, desde la misma fijación del litigio se tuvieron por demostradas tales situaciones.

Ahora, es obligatorio reseñar que la norma que se le aplica al caso, teniendo en cuenta la fecha de la ocurrencia de la muerte (16 de enero de 1990), es el Decreto 97 de 1989, según el cual es posible acceder a la prestación, siempre y cuando se acredite la condición de cónyuge o hija/o del efectivo policial fallecido. Señala la norma:

Artículo 121. MUERTE EN ACTOS MERITORIOS DEL SERVICIO. *Durante la vigencia del presente estatuto, a la muerte de un Agente de la Policía Nacional en servicio activo, en actos meritorios del servicio, en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento o restablecimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo cualquiera que sea el tiempo de servicio, además sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:*

a) A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 98 de este Decreto;

b) Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante;

c) Si el Agente hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado conferido póstumamente;

d) Si el Agente no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, su cónyuge e hijos tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas señaladas en el artículo 98 de este estatuto. Esta prestación se pagará la mitad al cónyuge y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia estos últimos en las proporciones de ley.

Parágrafo. *Se entiende por actos meritorios del servicio para todo efecto, aquellos en que el Agente se enfrente a grave e inminente peligro en defensa de la vida, honra y bienes de las personas.*

(Negrilla por fuera del texto original)

Como puede verse, el literal d) de la norma transcrita, compagina con las condiciones acreditadas en el expediente, es decir, que se trata de un Agente que no cumplió 12 años de servicios y que la muerte se produjo en actos meritorios del servicio. Se resalta que dicha disposición se inserta en el capítulo correspondiente a la muerte en actividad.

Empero, la condición de la señora Rosalba Bañol de Orrego, acreditada en el plenario, es la de madre, motivo por el cual no se encuentra en las circunstancias descritas en la norma objeto de análisis. En línea con lo anterior, todo parece indicar

que el Presidente de la República de la época, amparado en las facultades normativas del momento (Ley 05 de 1988), expidió el Decreto con fuerza de ley 97 de 1989 para regular y modificar el estatuto de carrera de la Policía Nacional. Y estableció en el artículo 130 un orden de beneficiarios para acceder a las prestaciones sociales por causa de muerte de un Agente de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión. Veamos:

Artículo 130. ORDEN DE BENEFICIARIOS. *Las prestaciones sociales por causa de muerte de un Agente de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión, se pagarán según el siguiente orden preferencial:*

a) La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia estos últimos en las proporciones de ley;

b) Si no hubiere cónyuge sobreviviente la prestación se dividirá por partes iguales entre los hijos;

c) A falta de hijos las prestaciones corresponden al cónyuge;

d) Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, las prestaciones se dividirán entre los padres, así:

--Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación los padres.

--Si el causante es hijo adoptivo pleno, la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.

--Si el causante es hijo adoptivo simple, la prestación se dividirá proporcionalmente entre los padres adoptantes y los padres de sangre.

--Si el causante es hijo extramatrimonial la prestación se dividirá en partes iguales entre los padres.

--Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción plena, la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptivos en igual proporción.

--Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo, llamadas en el orden preferencial establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén, a los hermanos menores de edad del Agente.

--Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.

--A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuge, la prestación corresponderá a la Caja de Sueldos de retiro de la Policía Nacional.

Con fundamento en la norma acabada de citar es posible concluir varias cosas. En primer lugar, se debe decir que la norma se encuentra dentro del capítulo V “*Muerte en retiro*” lo cual es distinto al capítulo IV “*muerte en actividad*”. Esta situación es

relevante porque se puede apreciar que las normas que se intentan interpretar no responden a las mismas circunstancias fácticas; por el contrario, obedecen a dos situaciones distintas a las que el autor normativo destinó dos consecuencias distintas.

Motivo por el cual esta servidora judicial no comparte la visión de la parte actora en hacer una especie de mixtura entre las dos disposiciones cuando las mismas obedecen a dos situaciones completamente distintas, por iniciativa del legislador derivado y bajo su autonomía de configuración legislativa. El artículo 121 regula lo relacionado con muerte por actividad y en actos del servicio y el artículo 130 con muerte en retiro, dos escenarios distintos con consecuencias distintas que, en principio, no resultarían compatibles o aplicables en un mismo caso concreto.

Pese a lo anterior, para ofrecer pistas en torno al alcance que le ha dado el Consejo de Estado, vale la pena reseñar un debate semejante al que se discute. En una providencia del año 2019, la Alta Corporación abordó la discusión en sede de tutela y sostuvo²:

(...) 17.6.- Luego, ante la ausencia de cónyuge e hijos que pudiesen reclamar su derecho, el Tribunal accionado, aplicó lo dispuesto en el literal d) del artículo 130 de ese mismo Decreto³ y, concluyó que <<la normatividad a aplicar es la del Decreto 097 de 1989, vigente al momento en que se haría exigible el derecho con la muerte del señor Luis Fernando Rocha Losada, según la cual, la accionante puede acceder a una pensión de sobreviviente equivalente al cincuenta (50%) de las partidas señaladas en el artículo 98 de la misma codificación, si se constata que el causante falleció en actos meritorios del servicio, así no hubiera cumplido doce (12) años de servicio>>.

17.7.- De lo anterior, la Sala encuentra que el literal d) del artículo 130 del Decreto 97 de 1989 no era aplicable al caso por remisión, toda vez que, el literal d) del artículo 121 de la misma normatividad señala de manera específica quiénes serán los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes cuando el agente fallecido en actos meritorios del servicio no hubiere cumplido doce años en la institución, ciñéndolo de manera estricta al cónyuge e hijos.

17.8.- No ocurre lo mismo con las demás prestaciones contenidas en el artículo 121 como (i) la compensación equivalente a cuatro años de los haberes

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ. Quince (15) de noviembre de dos mil diecinueve (2019). Radicación n°: 11001-03-15-000-2019-04469-00(AC).

³<<ARTÍCULO 130. ORDEN DE BENEFICIARIOS. <Decreto derogado por el artículo 183 del Decreto 1213 de 1990> Las prestaciones sociales por causa de muerte de un Agente de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión, se pagarán según el siguiente orden preferencial:

(...)

d) Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, las prestaciones se dividirán entre los padres, así:

--Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación los padres.

(...)>>

correspondientes al grado conferido al causante; (ii) al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante o, (iii) la pensión mensual en caso de que el agente hubiere cumplido los doce años de servicio, en donde la falta de mención del beneficiario a quien estaría destinada la prestación, obliga a acudir al orden establecido en el mismo Decreto⁴.

17.9.- Así las cosas, la señora Mercedes Losada Triviño no podía ser favorecida con la pensión prevista en el literal d) del artículo 121 del Decreto 97 de 1989, pues su condición de madre del fallecido no fue incluida en esa disposición, que estableció como beneficiarios únicamente al cónyuge e hijos.

*17.10.- La Corte Constitucional,⁵ a pesar de la libertad y autonomía de que gozan las autoridades judiciales para aplicar e interpretar el derecho vigente, también ha autorizado al juez constitucional para que intervenga cuando se aplica una norma jurídica equívoca, es decir, cuando el juez natural utiliza normas inadecuadas o impertinentes, según las circunstancias fácticas del caso. En este orden de ideas, ya quedó expuesto que el Tribunal Administrativo de Nariño aplicó el orden de beneficiarios contenido en el literal d) del artículo 130 del Decreto 97 de 1989, a pesar de que la norma que otorgaba la pensión de sobrevivientes al **cónyuge e hijos** de aquellos agentes que murieron en actos meritorios del servicios y que no hubieren permanecido por doce años en la institución, que claramente no presentaba vacío respecto de los beneficiarios.*

18.- Con base en lo anterior, la Sala concederá el amparo de los derechos fundamentales invocados por la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, toda vez que, encontró que con la aplicación del literal d) del artículo 121 del Decreto 97 de 1989 se vulneró el derecho fundamental al debido proceso.
(Algunas de las negrillas no pertenecen al texto original)

De conformidad con la providencia acabada de reseñar, resulta claro que el Consejo de Estado se ha pronunciado en un caso particular sobre la posibilidad de aplicar el artículo 130 del Decreto 97 de 1989 a situaciones propias del artículo 121 de ese mismo conjunto normativo. No sobra recabar en que la conclusión es, en esencia, la misma que expuso en líneas antecedentes esta servidora, en el sentido de negar la posibilidad de aplicar normas con supuestos fácticos distintos a casos diametralmente distintos, en una especie de mixtura forzada e incompatible.

Este Despacho no ignora que se trata de una sentencia expedida en el contexto de una acción constitucional, sin embargo, los lineamientos interpretativos que se efectúan no pierden su valor, mucho más cuando se trata de subreglas interpretativas que pueden orientar y fundamentar la decisión que aquí se adopta.

⁴ Decreto 097 de 1989, artículo 130.

⁵ Corte constitucional, sentencia SU-061 de 2018, M.P. Luis Guillermo Guerrero

En conclusión, no es posible acceder a la propuesta argumentativa de la parte actora para aplicar el literal d) del artículo 130 del Decreto 97 de 1989 a las situaciones previstas en el artículo 121 de ese mismo decreto.

3.3.2. La excepción de inconstitucionalidad

De conformidad con otro de los argumentos centrales planteados en la demanda, es menester pronunciarse sobre el pedido de aplicar la excepción de inconstitucionalidad. Al respecto se deben seguir los lineamientos impartidos por la Corte Constitucional, según la cual, en reciente sentencia de unificación sostuvo⁶:

161. La excepción de inconstitucionalidad es una herramienta a través de la cual las autoridades judiciales cumplen con la “facultad-deber”^[538] de inaplicar en un caso concreto una norma por contrariar la Constitución Política^[539]. Es una figura jurídica que se fundamenta en el artículo 4 de la Constitución, el cual prevé que “[l]a Constitución es norma de normas” y que “[e]n todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Precisamente, de la referida disposición constitucional “se deriva la obligación de aplicar preferentemente las normas constitucionales, cuando las normas de inferior jerarquía resultan incompatibles con las primeras”^[540]. La excepción de inconstitucionalidad aplica sin necesidad de ser “alegada o interpuesta como acción”^[541]. Además, es una herramienta que “se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”^[542].

162. La jurisprudencia constitucional ha establecido “tres escenarios puntuales”^[543] en los que procede dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad, a saber:

(i) La norma es contraria a las [sic] cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad [...];

(ii) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexequibilidad por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso; o,

(iii) En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental. En otras palabras, “puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales”^[544].

⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-109 de 2022. 24 de marzo de 2022. M.P: Paula Andrea Meneses Mosquera.

Bajo los lineamientos expuestos por el Alto Tribunal Constitucional colombiano en materia de excepción de inconstitucionalidad, es posible interpretar que el apoderado de la parte actora pretende la inaplicación del artículo 121 del Decreto 97 de 1989, en cuanto a que solo contempla el reconocimiento de una prestación a los hijos y a los cónyuges cuando se trate de muerte en actos meritorios del servicio.

Así las cosas, se tiene que el escenario puntual que podría aplicarse al presente caso, es el que tiene que ver con que “(iii) En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento *iusfundamental*. En otras palabras, *“puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales”*.

Según los dichos de la demanda (normas violadas y concepto de la violación) la parte actora considera que el artículo 121 (varias veces citado), es discriminatorio sin justificación respecto de los padres y en favor de los cónyuges e hijos, y advierte que el legislador no determinó específicamente en la norma el por qué solo los cónyuges con hijos, lo cual constituye un vacío argumentativo que perjudica, de manera injustificada, a los padres que dependían económicamente del Agente fallecido, quedando desprotegidos de manera injusta y desproporcionada.

Como puede verse, las ideas planteadas por la parte actora intentan sostener la vulneración de la Carta Superior por el aparente vacío normativo del artículo 121 del Decreto 97 de 1989, al no incluir a los padres dentro del orden para ser beneficiarios de una prestación. Sin embargo, este Despacho estima que no existe mérito para acceder a tal alegato pues en el proceso no se puede tener por acreditada la dependencia económica de la demandante con el Agente fallecido, como posible causa para perseguir la inaplicación de la norma.

Y es que las condiciones del caso particular impiden apreciar si la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento *iusfundamental*, ni qué disposiciones constitucionales se estarían vulnerando, cuando no se acredita la dependencia económica ni se puntualiza cuál es el principio o la regla constitucional transgredido. Además, cuando no es posible para el legislador explicar en una norma las razones por las cuales excluyó a los padres.

Esta juez administrativa no puede entrar a suponer que el solo vínculo consanguíneo es demostración plena de la dependencia económica, tampoco puede suponer las condiciones materiales de existencia de la señora Rosalba Bañol de Orrego que hagan eventualmente viable un análisis tendiente a inaplicar una norma jurídica.

Las suposiciones no hacen parte del debate judicial, por tal razón si se pretendía la inaplicación de una norma por ser inconstitucional, se debe sustentar y probar adecuadamente; situación que no ocurrió, pues de los medios de prueba arrimados al proceso no se puede colegir el argumento expuesto en el escrito inicial que dio origen al presente trámite. Nótese que en el archivo 05 del expediente (anexos de la demanda) se observan la petición formulada ante la Policía Nacional, certificado de defunción del señor Julio César Orrego Bañol, copia de la licencia para el traslado del cadáver, paz y salvo por retiro, respuestas a la petición de la demandante, los respectivos recursos y la constancia emitida por la Procuraduría General de la Nación como asunto no conciliable, pero no reposa ninguna prueba tendiente a demostrar la mencionada dependencia económica.

Es más, en un esfuerzo argumentativo que por lo menos genere alguna duda en torno a la inconstitucionalidad de la norma aplicable al caso concreto, la consecuencia es más gravosa para la parte demandante, porque si se tiene en cuenta que la muerte del Agente sucedió el **16 de enero de 1990** y que la demanda se presentó el **23 de abril de 2019**, ese solo hecho pone en serias dudas la alegada dependencia económica, pues pasaron más de **29 años** sin acudir ante la justicia para hacer una reclamación como la que ahora se hace y surge la pregunta sobre lo que ocurrió en todo ese amplio lapso para la manutención de la demandante. De manera que se generan indicios que, sumados a la inactividad probatoria en ese sentido, ponen en serias dudas el alegato por el que se pide la inaplicación de la norma.

Por lo demás, tampoco se evidencia un análisis hermenéutico que sustente la excepción de inconstitucionalidad al confrontar la norma con la Constitución, en concordancia con las circunstancias particulares que esta regula y el momento en el que se profirió.

3.4. Conclusión

Con fundamento en lo expuesto se negarán las pretensiones de la demanda debido a que no se avizora posibilidad alguna que haga viable la prosperidad de lo perseguido por la parte demandante.

3.5. Sobre las excepciones

Según la contestación de la demanda la Policía Nacional de Colombia no planteó propiamente excepciones de mérito o de fondo; se desplegó un esfuerzo argumentativo pero no propiamente el planteamiento de una excepción. Por lo tanto, de oficio, se declarará probada el medio de defensa denominado: incumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación pretendida.

3.6. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 20280 de 2021, toda vez que la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

IV. 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,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR probada, de oficio, la excepción incumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación pretendida.

SEGUNDO: NEGAR LAS PRETENSIONES de la demanda promovida por la señora Rosalba Bañol de Orrego en contra de la Policía Nacional de Colombia, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

TERCERO: Sin costas, por lo brevemente expuesto.

CUARTO: 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

JPRC

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: **7bd7a5f77595f8a088eec3bedd9637bd10b985138c1dc53a5e9b2311702e724d**

Documento generado en 22/09/2023 07:25:14 AM

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, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO:	17001-33-33-001-2020-00032-00
MEDIO DE CONTROL:	PROTECCIÓN A LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
DEMANDANTE:	ENRIQUE ARBELÁEZ MUTIS
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE MANIZALES, CALDAS
VINCULADOS:	VENDEDORES ESTACIONARIOS DEL MIRADOR DE CHIPRE DEL MUNICIPIO DE MANIZALES
ASUNTO:	PROGRAMA FECHA PARA CONTINUACIÓN DE LA AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO
AUTO:	1439
ESTADO:	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

Teniendo en cuenta la constancia secretarial que antecede a esta providencia, tenemos que en el proceso no se pudo celebrar la continuación de la audiencia de pacto de cumplimiento debido a la suspensión de términos por el ataque cibernético del que fuera víctima la Rama Judicial y por la carencia de internet para el 14 de septiembre de la presente anualidad en las instalaciones del Palacio de Justicia Fanny González Franco.

Así las cosas, se cita para la continuación del Pacto de Cumplimiento para el **DOCE (12) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) A LAS OCHO Y TREINTA DE LA MAÑANA (08:30 A.M.)**. A la misma deberán comparecer obligatoriamente las partes, quienes se presentarán personalmente y a través de sus representantes legales, so pena de incurrir en las sanciones previstas en la ley.

La audiencia se realizará en modalidad **PRESENCIAL**, en una de las salas de audiencia del Palacio de Justicia “Fanny González Franco” de la ciudad de Manizales, Caldas, que será asignada en su debida oportunidad. El número de la sala podrá ser consultado con antelación a la diligencia, en el teléfono del Despacho o directamente en la ventanilla de atención al público de la oficina 702 del mismo edificio.

Se le recuerda a la autoridad demandada reunir el comité de conciliación para precisar una fórmula de acuerdo que ponga fin al litigio.

La información con destino al Despacho se deberá remitir al siguiente correo electrónico: admin01ma@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Notifíquese y Cúmplase

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA

JUEZ

JPRC

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: **80484f68c311d664f83861b3502576df7efc9bbb30f662d9cde7ba25eec7aea6**

Documento generado en 22/09/2023 07:25:15 AM

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, Caldas, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO:	17001-33-33-001-2020-00208-00
MEDIO DE CONTROL:	EJECUTIVO
DEMANDANTE:	LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
DEMANDADA:	MILVIA MUÑOZ MARTÍNEZ
ASUNTO:	ESTESE A LO DISPUESTO CORTE CONSTITUCIONAL INADMITE DEMANDA
AUTO No:	1450
ESTADO No:	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

I. ASUNTO

ESTESE a lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en providencia del 12 de julio de 2023, mediante la cual le asignó el conocimiento a este Despacho Judicial del proceso de la referencia.

En virtud de lo anterior, el Despacho procede a estudiar la admisibilidad de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

Revisado el expediente, se observa que en este momento resulta improcedente la admisión de la demanda ejecutiva así propuesta por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en contra de la señora MILVIA MUÑOZ MARTÍNEZ, por las siguientes razones:

1. Deberá allegar la constancia de ejecutoria del auto que aprueba las costas procesales pretendidas, toda vez que no fue aportada.
2. Deberá presentar la liquidación de intereses que pretende ejecutar, en atención a que solo establece el capital de manera genérica por concepto de costas y menciona los intereses pero no los cuantifica.

3. Deberá aportar los datos de notificación de la parte demandada, carga procesal que le corresponde en los términos del numeral 7 del artículo 162 del CPACA modificado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021.

Se advierte que el correo electrónico destinado por el Despacho para recepción de memoriales es el siguiente admin01ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales,

RESUELVE

PRIMERO: INADMITIR la demanda presentada por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en contra de la señora MILVIA MUÑOZ MARTÍNEZ, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: ORDENAR a la parte demandante que corrija su demanda, subsanando los defectos indicados en la parte motiva de esta providencia, dentro del término de diez (10) días, so pena de rechazo.

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: **911fbb39fbba87d38e9915aca47e941de1a0516c601adb0595caa59edbce0f97**

Documento generado en 22/09/2023 03:35:33 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, Caldas, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO:	17001-33-33-001-2022-00014-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	JUAN MANUEL VALENCIA OTÁLVARO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
ASUNTO:	ESTÉSE A LO RESUELTO POR EL SUPERIOR-AVOCA CONOCIMIENTO E INADMITE
AUTO	1457
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

I. ASUNTO

Considerando la decisión adoptada por la Corte Constitucional mediante auto No. 1510 del 13 de julio de 2023¹, que ordenó: “(...) *DECLARAR que el Juzgado 1º Administrativo del Circuito de Manizales es la autoridad competente para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por el señor Juan Manuel Valencia Otálvaro contra Colpensiones*”, el Juzgado dispone ***obedecer y cumplir lo resuelto por la corte constitucional***.

En ese sentido, el Juzgado avocará el conocimiento del presente asunto.

Previo a determinar el procedimiento subsiguiente, el juzgado se permite exponer las siguientes

II. CONSIDERACIONES:

¹ Archivo “04Auto_1510_de_2023_-_CJU_2288.pdf” de la subcarpeta “CJU0002288 CC” inserta dentro de la carpeta “CJU0002288-17001333300120220001400”

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales mediante providencia del 19 de noviembre de 2021, declaró falta de jurisdicción para conocer el asunto, ordenando enviar el expediente a los Juzgados Administrativos del Circuito Reparto y dispuso en su numeral tercero *“DECLARAR que las actuaciones previas al proferimiento de la sentencia proferida el 20 de octubre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Manizales, Caldas, conservan validez.”*²

Pues bien, debe considerarse que la acción tramitada en la especialidad Laboral de la Jurisdicción Ordinaria, tiene no solo normas sustanciales diferentes, sino también procedimentales que difieren desde los requisitos iniciales para demandar y la forma de presentar la demanda, hasta los requisitos de las últimas etapas del proceso.

En ese sentido, si bien algunas actuaciones podrían conservar validez en esta sede, como lo sería precisamente las pruebas practicadas, tópico respecto del cual el juzgado observa que en la demanda se solicitó una prueba testimonial, empero en el expediente no obra el documento donde conste la recepción de esa prueba, - razón por la cual deberá de allegarse-, lo cierto es que el estudio de admisión de la demanda debe pasar por el tamiz de las exigencias del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues una decisión contraria implicaría aceptar de forma inerte la presentación de dificultades procesales a lo largo del proceso, que irían únicamente en detrimento de la celeridad del proceso, la economía procesal, y el derecho de defensa y contradicción de las partes.

Por tanto, es preciso que el presente asunto sea inadmitido, y con fundamento en las siguientes circunstancias:

1. Las pretensiones de la demanda no están adaptadas al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por tanto: no se identificó de forma precisa el acto administrativo demandado, no se indicaron las normas violadas, ni se explicó el concepto de violación de las mismas.
2. La demanda no contiene una estimación razonada de la cuantía.
3. No se remitió la demanda y sus anexos a la entidad demandada.

² Archivo 02AutoImprorrogabilidadJurisdiccioRemite.pdf de la carpeta “1.4ExpedienteSegundaInstancia”

4. No obra en el expediente la prueba testimonial practicada en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Manizales.

Así las cosas, el juzgado requiere, antes de determinar el procedimiento pertinente, INADMITIR la demanda para que la parte actora dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de este proveído aporte al juzgado:

- 1) el escrito de subsanación adecuando las pretensiones de la demanda al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de forma tal que identifique con toda precisión el acto administrativo demandado y la forma del restablecimiento del derecho que persigue,
- 2) estimará razonadamente la cuantía,
- 3) Indicará las normas violadas y explicará el concepto de su violación,
- 4) Remitirá a la entidad demandada copia del escrito de demanda y de todos los anexos y, finalmente
- 5) aportará la videgrabación donde se haya practicado el testimonio del señor Héctor Gómez Castaño.

Lo anterior en virtud de los artículos 162 numerales 4 y 6; artículo 163 y 170 del CPACA.

Finalmente, el juzgado se permite hacer la siguiente aclaración: revisado el auto No. 1510 del 13 de julio de 2023, la Corte Constitucional para decidir radicar la competencia en esta jurisdicción y juzgado sentó la siguiente regla de decisión:

*“18. Regla de decisión: “en los procesos en los que se solicite la nulidad de actos administrativos **proferidos al interior del trámite del proceso de cobro coactivo adelantado por una entidad pública, la competencia recaerá en la Jurisdicción Contencioso Administrativa** de conformidad con el entendimiento armónico y sistemático de los artículos 5° de la Ley 1066 de 2006, 835 del Estatuto Tributario y 101, 104 inciso primero y 138 de la Ley 1437 de 2011”*

Sin embargo, en el caso concreto la parte actora no solicitó la nulidad de ninguna actuación surtida dentro del trámite del proceso coactivo, sino la de la Resolución SUB 36628 a raíz de la cual deriva precisamente el proceso coactivo, y que no es otra que la que declaró al demandante deudor del retroactivo del 50% de la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida, allende que, como se dijo en el auto que suscitó el conflicto negativo de competencias, en este caso solo se aportó el auto que libra mandamiento de pago, **actuación no sujeta a control judicial del Contencioso Administrativo**, a voces del artículo 101 del CPACA, a fin que desde estos albores del proceso, se tenga en cuenta que el presente caso no se trata de una nulidad contra actos administrativos de cobro coactivo, como mal lo entendió la Corte Constitucional, con las implicaciones que ello conllevaría.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES,

RESUELVE:

PRIMERO: ESTESE a lo resuelto por la Corte Constitucional mediante auto No. 1510 del 13 de julio de 2023 que decidió radicar en esta jurisdicción y juzgado la competencia para conocer del presente proceso.

SEGUNDO: AVOCAR conocimiento del presente medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO interpuesto por el señor JUAN MANUEL VALENCIA OTÁLVARO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.

TERCERO: INADMITIR la demanda por las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la parte demandante que corrija su demanda, subsanando los defectos indicados en la parte motiva de esta providencia, dentro del término de diez (10) días, so pena de rechazo.

Deberá remitir el escrito de subsanación y sus anexos al correo electrónico del Juzgado admin01ma@cendoj.ramajudicial.gov.co, y al de notificaciones de las entidades demandadas, en acatamiento a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 186 del CPACA, modificado por el artículo 46 de la Ley 2080 de 2021, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 14 del artículo [78](#) del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

LMJP

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: **769bd7e06b69f06f77be171751c5f771243a471d1a9a629a91efca8e300220d8**

Documento generado en 22/09/2023 04:24:24 PM

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

Constancia Secretarial: Dentro del presente proceso se emitió sentencia de primera instancia el día 30 de junio de 2023 la cual se notificó mediante estado electrónico el 4 de julio de 2023; que los 2 días dispuestos por el artículo 205 del CPACA modificado por el Decreto 2080 de 2021 transcurrieron los días 5 y 6 de julio de 2023, el término de ejecutoria transcurrió entre los días 7 y 21 de julio de 2023; mediante memorial enviado al correo electrónico del Despacho el día 31 de julio de 2023 la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la providencia referida.



Paula Andrea Hurtado Duque
Secretaria

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales - Caldas, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO	17001-33-33-001- 2022-00043 -00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	CLARA ROSA TABORDA GUTIÉRREZ
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
VINCULADO	FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
AUTO	1433
ESTADO	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

Mediante memorial enviado al correo electrónico del Despacho el día 31 de julio de 2023, la apoderada judicial de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia emitida el 30 de junio de 2023.

El numeral 1 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que el término para la interposición y sustentación del recurso de apelación en contra de sentencias, es de diez días siguientes a la notificación, la cual se notificó mediante estado electrónico el 4 de julio de 2023 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 del CPACA.

Así las cosas, en consideración de las normas en comento, el recurrente disponía hasta el 21 de julio de 2023 para radicar el escrito contentivo de la apelación, de tal manera que al allegarlo el 31 de julio de 2023, el recurso resulta extemporáneo, por lo que es procedente su rechazo.

Por lo expuesto, el **Juzgado Primero Administrativo del Circuito De Manizales,**

R E S U E L V E

PRIMERO: RECHAZAR por extemporáneo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en contra de la sentencia emitida en esta instancia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: EJECUTORIADO el presente proveído, por secretaría archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

PAHD

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: **f6571aa8ff0dbbedbe05648e0178b7c441014e09ad29eba0f8b621959d7d3275**
Documento generado en 22/09/2023 07:25:16 AM

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, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00053-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	FELIX KENNETH MARQUEZ SILVA
DEMANDADO:	NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
SENTENCIA N°:	213
ESTADO N°:	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

I. 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.

II. ANTECEDENTES

2.1. Elementos fácticos relevantes

Teniendo en cuenta que la fijación del litigio contiene los elementos fácticos fundamentales sobre los cuales versa el presente proceso y, además, trae consigo el problema jurídico que debe resolverse en esta instancia, se transcribe en los siguientes términos¹:

1. El señor Félix Kenneth Márquez Silva pertenece al régimen acogido, por trabajar para el Tribunal Administrativo de Caldas en el cargo de abogado asesor 23 desde el 21/03/2018 al 30/05/2018, entre el 01/06/2018 al 26/05/2020, entre el 28/05/2020 a 30/01/2022 y entre el 01/02/2022 a la fecha de la presentación de la demanda. Por lo cual percibió las prestaciones sociales y laborales atribuidas a dicho cargo (grado 23 y no del cargo abogado asesor). *Hecho documentado en la página 24 a 42 del archivo 04 del expediente digital.*
2. El señor Félix Kenneth Márquez Silva presentó solicitud el 16 de abril de 2021, ante la Dirección Seccional de Administración Judicial, con el fin de

¹ Se resalta que la propuesta de fijación del litigio fue aceptada por las partes al guardar silencio frente al auto por medio del cual se adoptó tal fijación.

obtener, en resumen, el reconocimiento y pago de las prestaciones correspondientes a un Abogado Asesor de Tribunal Judicial, sin denominación alguna. Para lo anterior pidió la inaplicación de la expresión “grado 23” contenida en el acuerdo PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015. *Hecho documentado entre las páginas 1 a 7 del archivo 04 del expediente digital.*

3. La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Manizales, Caldas, resolvió la petición por resolución DESAJMAR 21-201 del 16 de abril de 2021. Resolución frente a la cual se formuló el recurso de apelación, mismo que fuera concedido mediante resolución DESAJMAR21-231 del 6 de mayo de 2021, pero que no fue resuelto, por lo menos, hasta la fecha de presentación de la demanda. *Hecho documentado entre las páginas 8 a 23 del archivo 04 del expediente digital.*

2.2. La teoría del caso de la parte actora

La parte demandante, en resumen, considera que el Consejo Superior de la Judicatura ostenta un carácter administrativo que lleva a cabo actos operativos o de ejecución. Para sustentar lo anterior se amparó en las sentencias de la Corte Constitucional SU 539 de 2012 y C-265 de 1993.

Por tal razón, al incorporar un cargo ya existente de abogado asesor a la planta de personal de los Tribunales Administrativos del país, no contaba con la competencia o facultad legal y reglamentaria para imponer un grado salarial a dicho cargo, pues este ya había sido objeto de creación y regulación salarial por la autoridad competente, esto es, por el Presidente de la República.

En este sentido, al extralimitarse en el ejercicio de sus funciones tal autoridad incumplió sus mandatos legales, motivo por el cual es posible aplicar la excepción de inconstitucionalidad, tendiente a inaplicar la expresión “grado 23” contenida en el acuerdo PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015 y sufragar las diferencias salariales y prestacionales en comparativa con lo percibido por el abogado asesor de tribunal judicial a secas o sin denominación de grado.

Para sustentar lo anterior, citó una sentencia del Consejo de Estado del 16 de abril de 2009, en la que se abordó un caso semejante al que se pretende resolver en el presente conflicto jurídico.

2.3. Pretensiones

Bajo estos argumentos la parte pretende que se inaplique, por inconstitucional, el artículo 17 del Acuerdo PSAA15-10402 DE 2015, en cuanto a la denominación “Grado 23” asignada al cargo de abogado asesor. En consecuencia, se declare la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se negó la petición de reconocimiento y pago de los ajustes salariales y prestacionales existentes entre el Abogado Asesor de Tribunal Judicial y el grado 23, y se proceda a tal reconocimiento, entre otras pretensiones.

2.4. La defensa de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial

El apoderado de la entidad demandada, en síntesis, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y sostuvo que los actos administrativos demandados fueron expedidos dentro de las facultades legales y constitucionales, que, por lo tanto, son acordes con el ordenamiento jurídico. En este sentido, consideró que el Consejo Superior de la Judicatura es autónomo para tomar decisiones encaminadas al buen funcionamiento de la administración de justicia, entre los que se encuentran la creación, modificación o supresión de cargos, previo seguimiento de las necesidades de la administración de justicia.

En efecto, tal autoridad cuenta con la potestad reglamentaria y las facultades constitucionales para la expedición de reglamentos tanto organizativos como generales de tipo ejecutivo, independiente y normativo. Motivo por el cual el Consejo Superior de la Judicatura es la autoridad encargada de reglamentar la carrera judicial, definir lo relacionado con sus funciones y los requisitos de los empleos de la Rama Judicial, conforme a lo reglado por el artículo 257-3 de la Constitución Política.

Dentro de la defensa también se anunció que el acuerdo demandado fue expedido en cumplimiento de las funciones del Consejo Superior de la Judicatura, debido a que la Ley 270 de 1996 otorgó plenas facultades para que dentro de la autonomía administrativa procediera con la planeación del plan de descongestión judicial, determinar el tipo de cargos que se requerían crear de manera transitoria, el seguimiento de las medidas, el control, la revisión de metas.

Con sujeción a lo anterior, la autoridad demandada, teniendo en cuenta las necesidades de las diferentes jurisdicciones y especialidades, determinó que el cargo que se debía crear para la descongestión de los Tribunales Administrativos y Superiores era el de abogado asesor grado 23, el cual no tiene relación con el abogado asesor innominado de la Ley 4 de 1992, sino que se determinó un grado específico cuya remuneración es proporcional al grado de funciones y responsabilidades que demanda el perfil.

Para apuntalar su defensa, la parte demandada propuso, entre otras argumentaciones, las excepciones que denominó:

i) Falta de causa para demandar pues el Consejo Superior de la Judicatura expidió los acuerdos dentro de su autonomía administrativa y de conformidad con la Constitución y la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. ii) Legalidad de los actos administrativos y la iii) genérica o innominada.

En este orden de ideas, el Despacho estima que la diferencia entre las partes consiste en que el demandante persigue que se le reconozcan y paguen las prestaciones sociales y laborales correspondientes al abogado asesor innominado y no bajo la clasificación aplicada por el Consejo Superior de la Judicatura quien, según la parte demandada, era competente para expedir los acuerdos necesarios para el buen funcionamiento de la administración de justicia.

2.5. Problema Jurídico

Así las cosas, el Despacho propone como problemas jurídicos que deben resolverse en esta instancia los siguientes:

¿El Consejo Superior de la Judicatura excedió su competencia al determinar el grado 23 al cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial creado por el Gobierno Nacional?

¿Es procedente la inaplicación de la expresión “Grado 23” del PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015 (art. 89) para la clasificación del cargo “abogado asesor”, adscrito a los despachos de los Tribunales Administrativos y Tribunales Superiores de Distrito Judicial?

¿El demandante tiene derecho a que se le paguen las diferencias salariales y prestacionales entre lo devengado en el cargo de Abogado Asesor grado 23 y el cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial?

En caso afirmativo:

¿Se configuró la prescripción trienal de las prestaciones reclamadas?

Con la respuesta que se emita para el problema jurídico planteado se resolverán el litigio y las excepciones propuestas por la entidad demandada.

2.6. Alegatos de conclusión

2.6.1. Parte actora (Archivo 20 del expediente)

En síntesis, el apoderado de la parte actora rememoró tanto los hechos que se consideraron probados en la fijación del litigio, como los problemas jurídicos que se plantearon en esa misma oportunidad procesal. Adicionalmente, afirmó que las respuestas a las preguntas que orientan la discusión del litigio deben responderse afirmativamente, debido a que el Consejo Superior de la Judicatura se extralimitó en el ejercicio de sus funciones al crear o variar la remuneración aplicable para el cargo de Abogado Asesor – Grado 23. Para sustentar lo anterior, subrayó que el artículo 3 del Decreto 57 de 1993 señaló expresamente lo que debía pagarse, y, por ende, no podía acudir a una norma supletoria pues la tabla de grados salariales allí establecida, únicamente aplica para los cargos que no estuviesen denominados expresamente en el artículo 3.

Entre otros argumentos, aseguró además que la entidad demandada no ofrece explicación alguna por la que el cargo de Abogado Asesor difiere del cargo creado por el legislador bajo la denominación “abogado asesor de tribunal judicial”, a pesar de contar con los mismos requisitos para su desempeño y que no existe ninguna función que les diferencie. Lo anterior, contribuye al desmejoramiento de las garantías salariales y prestacionales que han sido determinadas para cargos creados por el Gobierno Nacional.

Frente al segundo problema jurídico también solicitó que su respuesta fuera afirmativa, en consideración a que están dadas las condiciones para que se efectúe una excepción de inconstitucionalidad de las expresiones cuya inaplicación se pretende; de manera que se salvaguarde la integridad de la Constitución Política de 1991.

Finalmente, propuso una comparación entre lo devengado por el abogado asesor de tribunal judicial y el abogado asesor grado 23, de conformidad con lo ordenado por cada uno de los decretos expedidos para la fijación salarial de estos cargos, con el fin de puntualizar la pretensión de pago de las diferencias entre lo pagado y lo dejado de percibir, indexadas, así como el reconocimiento de las demás prestaciones sociales.

Sobre la prescripción dijo que esta no se configuraba en el caso concreto habida cuenta de la inexistencia de solución de continuidad en la prestación del servicio y la vigencia de la relación laboral.

2.6.2. Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (Archivo 21 del expediente)

En resumen, el apoderado de la entidad demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda por considerar que la entidad que representa es autónoma para tomar las decisiones encaminadas al mejoramiento del funcionamiento de la administración de justicia como: la creación, modificación o supresión de cargos, previo seguimiento de las necesidades de la administración de justicia, por tener potestad reglamentaria en determinadas materias, en tanto constitucional y legalmente puede expedir reglamentos organizativos y generales de tipo ejecutivo, independiente y normativo.

La fundamentación jurisprudencial de la anterior postura fue enfocada en la providencia del 15 de abril de 2004, expedida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la que se abordó la discusión y se concluyó que el legislador le confirió facultades al Consejo Superior de la Judicatura para crear cargos con el fin de descongestionar los despachos judiciales.

En hilo con lo expuesto, también afirmó que los apartes del acuerdo cuya inaplicación se persigue fueron expedidas en cumplimiento de funciones propias de la entidad accionada, resaltando que la Ley 270 de 1996 es el conjunto normativo de donde se deriva tal atribución.

Más adelante, en el escrito se citó un extracto de una jurisprudencia del Consejo de Estado con el fin de abordar la discusión del caso concreto y luego recordó la norma que establece la remuneración mensual del grado 23, entre otros argumentos sobre la creación de los distintos cargos y la ejecución de los decretos que establecen las escalas salariales.

En cuanto a la solicitud de inaplicación de una norma, reaccionó haciendo memoria de los parámetros jurisprudenciales que imponen a quien invoque la excepción de inconstitucionalidad, la carga argumentativa sólida y verificable, por lo cual no basta que se alegue una supuesta falta de competencia del Consejo de la Judicatura para determinar el cargo del empleo aduciendo que incide en su remuneración.

Finalmente, señaló la carencia de acreditación de la igualdad de funciones entre uno y otro cargo, así como las responsabilidades y cargas laborales. También se pronunció sobre la condena en costas y agencias en derecho, como a modo de petición subsidiaria en caso de acceder a las pretensiones de la demanda.

2.7. Concepto del Ministerio Público:

No se pronunció en esta oportunidad.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

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 causal de nulidad que pueda viciar lo actuado. Las partes tienen capacidad para comparecer al proceso, se encuentran debidamente representadas, la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se corrió traslado de las excepciones, se recaudaron los medios probatorios necesarios para decidir, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, razón por la cual, es posible proferir sentencia que ponga fin a la primera instancia.

Se recuerda que al finalizar cada etapa procesal se efectuó el control de legalidad, sin que se encontraran errores que necesitaran de la adopción de medidas de saneamiento. No se advirtió 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. Problemas jurídicos

Se recuerda que los problemas jurídicos que se deben resolver en esta instancia son:

¿Es procedente la inaplicación de la expresión “Grado 23” para la clasificación del cargo “abogado asesor”, adscrito a los despachos de los Tribunales Administrativos y Tribunales Superiores de Distrito Judicial?

¿Se debe ordenar la reliquidación y pago de las prestaciones sociales, laborales y salariales de la parte actora?

En caso afirmativo:

¿Se configuró la prescripción trienal de las prestaciones?

Con la solución a cada uno de estos interrogantes, se resolverán, de contera, las excepciones de mérito propuestos por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. El itinerario que recorrerá la presente providencia estará marcado por el orden de cada problema jurídico y, dentro de cada uno de ellos, el análisis normativo y jurisprudencial, así como la tesis del Despacho.

3.3. Tesis del Despacho

De conformidad con el análisis constitucional, legal y jurisprudencial que a continuación se desarrollará, en criterio de esta dependencia judicial existe mérito para acceder a las pretensiones de la demanda.

Con fundamento en los razonamientos realizados a continuación, se concluyó que el Consejo Superior de la Judicatura se extralimitó en el ejercicio de sus competencias constitucionales y legales al asignarle una clasificación al cargo de abogado asesor de los Tribunales Administrativos y Tribunales Superiores de Distrito Judicial, cuando quien ha debido hacerlo es el legislador o el Gobierno Nacional por autorización del primero.

La tesis que se pretende desarrollar parte de la existencia de un ordenamiento jurídico cuya norma fundamental es la Constitución Política de 1991, norma que supone su primacía sobre las restantes del ordenamiento y de la que se deriva una fuerza normativa tal, que subordina las demás reglas expedidas en virtud de su autorización.

De conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Constitución Política no se deriva solo la validez formal de las demás normas del ordenamiento jurídico, sino también, la validez material de las mismas. Esta fuerza directiva implica la subordinación legislativa y administrativa a las disposiciones fundamentales de la Carta y el sometimiento al Bloque de Constitucionalidad.

Para sustentar esta providencia se tuvieron en cuenta los lineamientos argumentativos que, en esencia, expusieron el Tribunal Administrativo de Boyacá² y el Juzgado Transitorio Administrativo de Manizales en temas semejantes a los que aquí se debaten.

3.3.1. De la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos

En virtud de lo previsto en el artículo 150 de la Constitución Política, el Congreso de la República expidió la Ley 4ª de 1992, por medio de la cual:

“(…) se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”. (Subrayas fuera de texto).

² Tribunal Administrativo de Boyacá. 22 de septiembre de 2020. Radicación 150001-23-33-000-2018-00419-00. M.P. José Ascención Fernandez Osorio.

Respecto a los destinatarios de la norma, se previó:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

(...)

b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República; (...).”

En relación a los objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debía acoger al momento de fijar el régimen salarial y prestacional de los funcionarios enumerados en el artículo antes transcrito, se dispuso:

“ARTÍCULO 2o. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

(...)

a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales”. (Subrayas por fuera del texto original).

De igual forma, la Ley 4 de 1992 previó:

ARTÍCULO 3o. El sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos.

Artículo 4o.- Con base en los criterios y objetivos contenidos en el artículo 2 el Gobierno Nacional, dentro de los primeros diez días del mes de enero de cada año, modificará el sistema salarial correspondiente a los empleados enumerados en el artículo 1 literal a), b) y d), aumentando sus remuneraciones. (...).”

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 57 de 1993, el cual, entre otras disposiciones, consignó:

Artículo 1. El régimen salarial y prestacional establecido en el presente Decreto será de obligatorio cumplimiento para quienes se vinculen al servicio con posterioridad a la vigencia del mismo y no se tendrá en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios del cualquiera de las ramas del Poder Público, organismos o instituciones del Sector Público.

Artículo 2. Los servidores públicos vinculados a la Rama Judicial y a la Justicia Penal Militar podrán optar por una sola vez, antes del 28 de febrero de 1993, por el régimen salarial y prestacional establecido en el presente Decreto. Los servidores públicos que no opten por el régimen aquí establecido continuarán rigiéndose por lo dispuesto en las normas legales vigentes a la fecha.

Con sujeción a lo anterior, el Gobierno Nacional es quien fija el régimen salarial y prestacional mediante decreto expedido anualmente, ya fuera respecto a cargos con una nominación específica o subsidiariamente a partir de una escala salarial.

3.3.2. De la competencia del Consejo Superior de la Judicatura

La Carta Política de 1991 creó el Consejo Superior de la Judicatura asignándole, entre otras, las siguientes funciones:

ARTÍCULO 257. Con sujeción a la ley, el Consejo Superior de la Judicatura cumplirá las siguientes funciones:

(...)

- 1. Crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia. En ejercicio de esta atribución, el Consejo Superior de la Judicatura no podrá establecer a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales. (...)**
(Negritas por fuera del texto original)

Por su parte, la Ley 270 de 1996 dispuso:

ARTÍCULO 85. FUNCIONES ADMINISTRATIVAS. Corresponde a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura:

(...)

5. Crear, ubicar, redistribuir, fusionar, trasladar, transformar y suprimir Tribunales, las Salas de éstos y los Juzgados, cuando así se requiera para la más rápida y eficaz administración de justicia, así como crear Salas desconcentradas en ciudades diferentes de las sedes de los Distritos Judiciales, de acuerdo con las necesidades de éstos.

(...)

9. Determinar la estructura y las plantas de personal de las Corporaciones y Juzgados. Para tal efecto podrá crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la Rama Judicial, determinar sus funciones y señalar los requisitos para su desempeño que no hayan sido fijados por la ley.

En ejercicio de esta atribución el Consejo no podrá establecer a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales. (...)

Conforme a lo anterior, se evidencia la función que se le asignó a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para “crear” los cargos que estime necesarios para la administración de justicia. Al igual que hacer las incorporaciones a las plantas de personal, en obediencia a las regulaciones de carácter general.

Sin embargo, en una interpretación tan solo gramatical de las disposiciones transcritas nos permite dilucidar que, en principio, esa Corporación hizo uso de las funciones al expedir el acuerdo para la creación de cargos de manera permanente; actuaciones que se observan son netamente administrativas y su ejercicio está atado a la Constitución y la Ley. No obstante, es necesario realizar las siguientes consideraciones adicionales.

3.3.3. La creación de cargos permanentes

El Acuerdo PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (por medio del cual se crean con carácter permanente; trasladan y transforman unos despachos judiciales y cargos en todo el territorio nacional”) estableció en el artículo 16 y 17 lo siguiente:

ARTÍCULO 16.- Adopción de planta para el modelo de gestión de los tribunales: Adoptar la siguiente planta de personal para los Tribunales Superiores del país: 1. Tribunales de mayor demanda: Un (1) cargo de Magistrado, un (1) cargo de Auxiliar Judicial grado 1 y un (1) cargo de Abogado Asesor grado 23. 2. Tribunales de menor demanda: Un (1) cargo de Magistrado y un (1) cargo de Auxiliar Judicial 1.

ARTÍCULO 17.- Creación de cargos en despachos de magistrado de los Tribunales Superiores: Crear en cada uno de los despachos de magistrado de los Tribunales Superiores que se enuncian a continuación los siguientes cargos: a. Tribunales Superiores de Antioquia, Barranquilla, Bogotá, Bucaramanga, Buga, Cali, Cartagena, Cúcuta, Cundinamarca, Ibagué, Manizales, Medellín, Neiva, Pereira, Popayán y Villavicencio, excepto en los despachos de Magistrado de la Sala de Justicia y Paz: Un (1) cargo de Abogado Asesor grado 23. b. En el Despacho No. 30 (según SIERJU), de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá un (1) cargo de Auxiliar Judicial 1.

Es claro entonces que el Consejo Superior de la Judicatura creó, de manera permanente, el cargo que denominó “Abogado Asesor Grado 23”.

3.3.4. El concepto de salario

La Constitución Política de Colombia -artículo 53- facultó al Congreso de la República para expedir el estatuto del trabajo teniendo en cuenta para su creación los siguientes principios mínimos fundamentales:

“Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

(...)

Los convenios internacionales del trabajo, previamente ratificados y aceptados en debida forma, serían parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”. (Negritas por fuera del texto original)

Conforme a lo anterior, los acuerdos, contratos y leyes, no pueden causar perjuicios o agravios a los derechos de los trabajadores en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. Ello implica que los acuerdos a los que se hayan arribado, no se pueden desconocer en las disposiciones normativas que para tal fin se

expidan. En esa misma línea, el Bloque de Constitucionalidad, los tratados y convenios internacionales son aplicables y de obligatorio cumplimiento como parámetro de Constitucionalidad de las actuaciones del Estado, de tal forma que si no se aplican se vulnera el texto mismo de la Carta Política.

Como instrumento internacional aplicable al tema en comento, se encuentra (entre otros) el Convenio sobre la Protección del Salario (Convenio, núm. 95, 1949), adoptado en Ginebra en la 32ª reunión OIT, que tuvo su entrada en vigor el 24 de septiembre de 1952, ratificado por Colombia el 7 de junio de 1963, el cual dispuso:

*“(...) el **término salario** significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”.* (Negrita fuera de texto).

Tratándose de las normas internas que se ocupan del concepto de salario, se encuentra la Ley 50 de 1990. Sobre los elementos del salario y los que no lo son, dispuso:

*“**Artículo 14.** El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: Artículo 127. Elementos integrantes. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie **como contraprestación directa del servicio**, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.*

***Artículo 15.** El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: Artículo 128. Pagos que no constituyen salario. **No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador**, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedente de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.”* (Destacado fuera del texto).

Nuevamente es necesario resaltar el significado de lo que constituye salario, en especial cuando se establece que constituye por tal aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio y no aquellas que recibe ocasionalmente y por mera liberalidad del empleador.

La Corte Constitucional en sentencia del 16 de noviembre de 1995, mediante la cual resolvió la demanda en contra de algunos apartes de los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990, en relación a la noción de salario expuso³:

“(…) Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales (…).” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

A su turno, el Consejo de Estado, Sección Cuarta en sentencia con radicación: 760012331000201101867-01 (21519) del 17 de marzo de 2016 se pronunció respecto al concepto de salario así:

“(…) Así pues, constituye salario, en general, toda suma que remunere el servicio prestado por el trabajador y no hacen parte de este, (i) los pagos ocasionales y que por mera liberalidad efectúa el empleador, como bonificaciones; (ii) los pagos para el buen desempeño de las funciones a cargo del trabajador, como el auxilio de transporte; (iii) las prestaciones sociales y (iv) los beneficios o bonificaciones habituales u ocasionales de carácter extralegal, si las partes acuerdan que no constituyen salario. A su vez, los factores que no constituyen salario, y, dentro de estos, los beneficios o bonificaciones extralegales que expresamente se acuerden como no salariales, sean ocasionales o habituales, no hacen parte de la base del cálculo de los aportes parafiscales al ICBF. Ello, porque la base de los aportes es la nómina mensual de salarios, es decir, “la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario”, como prevé el artículo 17 de la Ley 21 de 1982. Cabe insistir en que las bonificaciones ocasionales otorgadas por mera liberalidad del empleador no constituyen factor salarial por mandato legal (art 128 C.S.T.), sin que se requiera de acuerdo entre las partes y que, con fundamento en la misma norma y en el artículo 17 de la Ley 344 de 1996, tampoco son salario las bonificaciones o beneficios, -sean ocasionales o habituales-, siempre que sean extralegales y que las partes expresamente acuerden que no hacen parte del salario (…).”⁴. (Negrillas fuera de texto)

De igual forma, en otro pronunciamiento del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", radicado **2012-00260 (3568-15)** del 02 de febrero de 2017, desarrolló ese mismo concepto, en los siguientes términos:

³ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-521 de 1995.

⁴ Sentencia de 6 de agosto de 2014, exp. 20030, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

“(…) Esta corporación⁵ ha hecho la distinción de los conceptos devengar y salario, en tanto no son idénticos, y por ello no se pueden confundir. Devengar, es adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título; mientras que el Salario es la retribución por el servicio prestado y en este sentido, es uno de los posibles objetos del verbo devengar; de donde no todo lo devengado es salario, así como el salario no puede considerarse devengado para todos los efectos, en la medida en que pueden devengarse –causarse- rentas o ingresos a títulos diferentes.

Así las cosas, cuando la ley se refiere expresamente al salario como unidad de medida, todo pago que tenga un propósito retributivo, constituya un ingreso personal del funcionario y sea habitual, tiene naturaleza salarial y debe incluirse en la base de liquidación del derecho pretendido.

En ese orden de ideas, cuando la ley estipula que lo devengado por un funcionario es la unidad de medida de un derecho, la misma ley será la que defina qué ingresos percibidos deben ser imputados en la liquidación del mismo. Igualmente, cuando se refiera al salario debe entenderse que todo pago con carácter retributivo, que constituya un ingreso personal para el trabajador y que sea habitual, tiene tal naturaleza o característica (…).”

En este contexto, de conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano y la interpretación jurisprudencial que de él han hecho las Altas Cortes, constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas o comisiones.

Corolario de ello, se advierte la imposibilidad de que el salario pierda su condición de tal, en virtud a disposición unilateral del empleador o por convenio individual o colectivo entre patronos y trabajadores o por el nombre con el que se identifique a la remuneración, pues si existen los elementos constitutivos de salario, ésta lo será sin importar el formalismo con el que se denomine la disposición remuneratoria según el principio de primacía de la realidad sobre las formas.

3.3.5. Del derecho a la igualdad en materia laboral

La Corte Constitucional ha expresado que el artículo 53 Superior, además de procurar la protección especial del trabajo en condiciones dignas y justas, desarrolla el principio general de igualdad, inherente al respeto de la dignidad humana, que obliga a dar el mismo trato a todas las personas que se encuentran en idénticas circunstancias.

⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011). Radicación número: 50001-23-31-000-2006-00945-01(1854-09).

La igualdad así reconocida se predica entre iguales, admitiéndose de esa forma un trato diverso frente a supuestos de hecho diferentes, los que solo se sustentan constitucionalmente, si en esencia la distinción se funda razonadamente en la existencia de unas circunstancias de hecho realmente disímiles. En ese sentido se pronunció la Corte Constitucional, en la sentencia C-314 de 2004, en la cual precisó:

“De acuerdo con el artículo 13 de la Constitución Política, el principio de igualdad impone la obligación al Estado de ofrecer un mismo trato y protección a todas las personas, sin diferencia de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

“Este principio democrático se expresa con mayor precisión en que mientras no existan razones legítimas para dispensar un trato diferente, el trato desigual está prohibido; lo cual, de entrada, anuncia la salvedad de que el principio de igualdad no proscribe el trato diferenciado, sino que obliga a justificarlo de manera suficiente.

“Tal como lo reconocen la jurisprudencia y la doctrina internacionales, el principio de igualdad constitucional no es el de plena identidad. Alexy afirma que “el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los aspectos”. Los individuos no pueden ser tratados de manera idéntica porque la naturaleza les confiere características diversas. En este orden de ideas, es imperioso que la ley considere las divergencias naturales a fin de hacer del régimen jurídico un sistema coherente con la realidad fáctica. De allí que la doctrina sostenga que no siempre los tratos diferenciados son discriminatorios y acepte que la ley pueda introducir diferencias sustanciales cuando las mismas se encuentran plenamente justificadas.

“Sobre este particular y citando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corporación ha señalado:

13. Según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación; la igualdad sólo se viola si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse según la finalidad y los efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida⁶”.

Así, el derecho a la igualdad en materia salarial proscribe todo trato diferenciado que no tenga justificación real en circunstancias de hecho materialmente diversas y, a contrario sensu, la existencia de particulares condiciones que hacen disímiles las situaciones presentadas entre los sujetos destinatarios de la norma, ameritan un trato diferente que de esa forma resulta constitucionalmente admisible.

Entonces, la igualdad no implica el establecimiento de una equiparación matemática de la remuneración de los empleados, dado que tal principio es “objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye

⁶ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-422 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos”.

3.3.6. Del cargo de abogado asesor de tribunal judicial y grado 23

Desde la expedición del Decreto 57 de 1993, el artículo 3o numeral 2o contempló como cargo nominado para “Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura” el cargo de Abogado Asesor y en el artículo 4o la remuneración subsidiaria y excluyente para los empleos que no estaban consagrados en el citado artículo 3o, igualmente, estableció una escala salarial del grado 01 a 33; el artículo 11 prescribió que *“La incorporación del personal a los cargos con diferentes grados establecidos en el artículo 3o se hará con base en los requisitos y condiciones establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura”*.

Conforme a la regulación anual que se hace frente a los decretos de asignación salarial, para el año 2011 se expidió el Decreto 1039, aplicable a los acogidos y a quienes se vincularon con posterioridad a la expedición de los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995, es decir, el régimen de acogidos.

El artículo 4 *ibídem*, previó la remuneración mensual de los empleos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a partir del 1o de enero de 2011; para los empleos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, en relación con el cargo de Abogado Asesor, estableció en especial:

*ARTÍCULO 4. A partir del 1o de enero de 2012, la remuneración mensual de los empleos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar será la siguiente:
(...)*

1. Para los siguientes empleos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura:

<i>Denominación del cargo</i>	<i>Remuneración mensual</i>
<i>(...)</i>	<i>(...)</i>
<i>Abogado asesor</i>	<i>\$ 5.140.170</i>

Asimismo, el artículo 6 de la norma citada prescribió que:

ARTÍCULO 6. La remuneración mensual para los empleos de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, se regirá por la siguiente escala:

REMUNERACIÓN MENSUAL	GRADO	REMUNERACIÓN MENSUAL	GRADO	REMUNERACIÓN MENSUAL
542.694	12	2.004.884	23	3.845.934
613.957	13	2.137.918	24	3.991.118
731.575	14	2.267.680	25	4.128.891
864.957	15	2.417.911	26	4.270.844
994.775	16	2.563.488	27	4.334.394
1.157.200	17	2.684.026	28	4.473.006
1.265.271	18	2.831.098	29	4.610.325
1.398.320	19	3.122.359	30	4.745.804
1.556.990	20	3.419.667	31	4.886.387
1.698.226	21	3.564.026	32	5.022.397
1.853.458	22	3.704.404	33	5.163.405

Así las cosas, se observa que la autoridad competente para ello fijó los salarios de los empleados de la Rama Judicial enlistados en cada uno de los Decretos anuales, en los que dispuso la asignación que correspondería para cada año para el cargo de abogado asesor y como se indicó, dispuso una remuneración subsidiaria aplicable solo para aquellos cargos que no estuvieran contemplados en el referido artículo.

Posteriormente, se expidió el Decreto 874 de 2012, en cuyo artículo 4 dispuso:

ARTÍCULO 4°. A partir del 1° de enero de 2012, la remuneración mensual de los empleos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar será la siguiente:

(...)

2. Para los siguientes empleos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura:

<i>DENOMINACIÓN DEL CARGO</i>	<i>REMUNERACIÓN MENSUAL</i>
<i>Abogado Asesor</i>	<i>5.397.179</i>

Y, en el artículo 6 de la precitada norma, se dispuso:

“ARTÍCULO 6°. La remuneración mensual para los empleos de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, se regirá por la siguiente escala:

<i>GRADO</i>	<i>REMUNERACIÓN MENSUAL</i>	<i>GRADO</i>	<i>REMUNERACIÓN MENSUAL</i>	<i>GRADO</i>	<i>REMUNERACIÓN MENSUAL</i>
<i>1</i>	<i>569.829</i>	<i>12</i>	<i>2.105.129</i>	<i>23</i>	<i>4.038.231</i>

Así, en los Decretos No. 1024 de 2013, 194 de 2014, 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018 y 991 de 2019 dispusieron en su artículo 1 el reajuste

porcentual anual de las escalas salariales que regulan la remuneración mensual y asignaciones básicas mensuales de los funcionarios y empleados no solo de la Rama Judicial, sino de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo señaladas en los Decretos 186, 194, 196 y 1239 de 2014.

De tal modo que, tratándose de los cargos de la Rama Judicial expresamente contenidos en el artículo 4 de los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013 y 194 de 2014, entre estos, el de Abogado Asesor de Tribunales Judiciales, de Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, el empleo se encontraba expresamente nominado, y como queda visto las remuneraciones de los cargos existentes fueron reajustadas porcentualmente, ninguna norma se invoca para concluir que este cargo nominado desapareció.

De manera que resulta contrario a la Ley que la remuneración percibida por el demandante, haya sido ajustada por parámetros en los que el Consejo Superior de la Judicatura no podía incidir. Debido a que la existencia del cargo de Abogado Asesor de los Tribunales Superiores y Administrativos, se encontraban fijados en los decretos que regulan la asignación salarial, mismos que no podían ser variados por el Consejo Superior de la Judicatura.

Así las cosas, existe mérito para acceder a la inaplicación de la norma expuesta en la demanda por encontrar que es contraria a las funciones del Consejo Superior de la Judicatura, así como a los preceptos constitucionales que regulan el tema de la igualdad salarial y el concepto mismo de salario.

Motivos por los cuales se pueden responder afirmativamente los problemas jurídicos uno y dos que fueran expuestos en la primera parte de esta providencia.

3.4. Análisis del caso concreto

En el caso concreto se ha solicitado inaplicar el Acuerdo PSAA15-10402 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en lo referente a la expresión grado 23 para el cargo de abogado asesor del Tribunal Administrativo de Caldas.

Igualmente, se pretende la nulidad de la resolución DESAJMZR21-201 del 16 de abril de 2021 por medio de la cual se negó el reconocimiento de la diferencia salarial y prestacional solicitada por el demandante como consecuencia de su desempeño en el cargo de Abogado Asesor del Tribunal Administrativo de Caldas, y del acto ficto o presunto, derivado del silencio administrativo negativo, por el recurso de apelación formulado frente al oficio indicado.

Como consecuencia de lo anterior, la parte demandante pretende se le reconozcan, liquiden y paguen las diferencias salariales entre el cargo de Abogado Asesor Grado 23 y el cargo de Abogado Asesor Nominado de Tribunal Judicial conforme a los decretos salariales expedidos por el Gobierno Nacional, así como las prestaciones sociales, durante el período de vinculación.

En este punto es preciso traer a colación la sentencia SU -539 de 2012, a través de la cual se indicó:

“La interpretación adecuada de los artículos 256 y 257 del Texto Superior, es aquella según la cual la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ejerce y está sujeta a las funciones administrativas determinadas por la Constitución y la ley, comoquiera que los dos artículos referidos expresamente señalan que le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura el cumplimiento de sus atribuciones y funciones “de acuerdo con la ley” y “con sujeción a la ley”. Así, se entiende que la Sala Administrativa lleva a cabo simplemente “actos operativos o de ejecución” justamente de naturaleza administrativa, a fin de acatar los mandatos superiores y la ley. De esta manera, es posible distinguir las funciones de esa Sala con “las funciones de alta política que en el campo judicial cumple [la Sala Plena] [d]el Consejo Superior de la Judicatura y que podrían señalarse como cuestiones atinentes al supremo gobierno de los asuntos de la Rama Judicial (...)”, “(i) el Consejo Superior de la Judicatura tiene la facultad de reglamentar materias administrativas y funcionales de la administración de justicia; y (ii) en ejercicio de esa facultad (...) no puede ocuparse de asuntos de competencia exclusiva del legislador, en los términos previstos en los artículos 125 y 150-23 de la Constitución, como lo es la clasificación de los cargos de la rama judicial”.

De acuerdo con los extractos jurisprudenciales citados, se concluye que el Constituyente de 1991 delegó en la ley el reparto de las competencias que le son propias a esa entidad, comprendidas y ejercidas de conformidad con su función esencial que es de tipo administrativo consistente en ordenar, disponer y organizar la Rama Judicial. Por lo tanto, resulta claro que el Consejo Superior de la Judicatura en manera alguna puede sobrepasar los límites de la ley, fijando asignaciones salariales, las cuales son propias del legislador.

Frente a este aspecto el Consejo de Estado en sentencia del 16 de abril de 2009⁷, arribó a la conclusión de que el Consejo Superior de la Judicatura incurría en una transgresión a normas superiores cuando de suyo fijaba una remuneración a un cargo cuya denominación se encuentra expresamente establecida en los Decretos Nacionales que regulan el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial, así lo señaló la Alta Corporación:

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", C.P: Luis Rafael Vergara Quintero, dieciséis (16) de abril de dos mil nueve (2009). Radicación nº: 11001-03- 25-000-2006-00055-00(1130-06)

“Sostiene la parte actora que la actuación del Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa, de señalar grados para el cargo de Oficial Mayor con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo y, como consecuencia de ello, variar la remuneración contemplada en el artículo 3o del Decreto 57 de 1993, resulta ilegal e inconstitucional.

La Sección Segunda ya ha tenido oportunidad de estudiar el mismo cargo frente a otros empleos de la rama jurisdiccional, dentro de los procesos instaurados contra el Consejo Superior de Judicatura, en los cuales igualmente se ha solicitado la nulidad parcial del mismo Acuerdo 05 de 1993. En aquellas oportunidades la Sala ha llegado a la convicción de que el Consejo Superior de la Judicatura no puede variar la remuneración contemplada en el artículo 3o del Decreto 57 de 1993.

Y como en esta ocasión no encuentra ninguna argumentación adicional contundente, por parte de la entidad demanda, para desvirtuar lo decidido en los precedentes que se citan, se permite exponer nuevamente la ratio decidendi, determinante para acceder a las súplicas de la demanda. (...)

Así entonces, como el cargo de Oficial Mayor se encontraba contemplado en el artículo 3o del decreto 57 de 1993, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, carecía de la facultad para determinarle grados y, además, no era competente para fijar su remuneración, pues tal potestad, como se dijo, correspondía al Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4a de 1992 (...). (subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, se puede establecer que el demandante percibió una cifra mensual inferior a la que debió percibir, debido a que el cargo ocupado - Abogado Asesor Grado 23- no recibía la misma asignación de los mismos cargos bajo la misma denominación, sin que se le hubiese asignado ningún grado, lo anterior conforme a la motivación de los decretos expedidos anualmente en material salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, veamos:

DECRETO	ABOGADO ASESOR DE TRIBUNAL JUDICIAL	ABOGADO ASESOR GRADO 23
1039 de 2011	\$5.140.170	\$3.845.934
874 de 2012	\$5.397.179	\$4.038.231
1024 de 2013	\$5.582.842	\$4.177.147
194 de 2014	\$5.746.978	\$4.299.956
1257 de 2015 (4.66%)	\$6.014.797	\$4.500.333
245 de 2016 (7.77%)	\$6.482.146	\$4.850.008
1013 de 2017 (6.75%)	\$6.919.690	\$5.177.383
337 de 2018 (5.09%)	\$7.271.902	\$5.440.912
991 de 2019 (4.5%)	\$7.599.137	\$5.685.753

Lo anterior, no deja duda en que, al crearse el cargo de abogado asesor, asignándosele el grado 23, demuestra la extralimitación de las funciones del empleador, pues conforme a las facultades entregadas al Consejo Superior de la Judicatura, no existe dentro de estas la de poder realizar asignaciones diferentes a las contempladas por el Gobierno Nacional.

A esta misma conclusión arribó el Tribunal Administrativo de Boyacá (Sala No. 3, en sentencia proferida el 25 de junio de 2020, M.P. Dra Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Exp: 150012333000-2018-00422 – 00), en la que luego de analizar las competencias asignadas al Consejo Superior de la Judicatura y analizar la diferencia en la asignación salarial, para el cargo de abogado asesor refirió:

“En tales condiciones no queda duda que el salario cancelado a la demandante como Abogado Asesor Grado 23 fue menor al previsto para el empleo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial, en consecuencia, deberán pagarse las diferencias correspondientes a título de restablecimiento del derecho, con las implicaciones prestacionales que ello conlleva. Si bien, como lo señaló la entidad demandada en su contestación de demanda, el nombramiento y la posesión determinan el salario, no lo es menos que, cuando al crear el empleo se exceden los cánones legales y constitucionales, aquellos – nombramiento y posesión - no purgan tales vicios; la falta de competencia es uno de los vicios que lleva al traste la decisión, resulta ser el elemento sustancial, fundamental e imprescindible para lograr mantener una decisión estatal en el ordenamiento jurídico. Ese solo vicio amerita su retiro de mundo jurídico.

En concordancia con lo anterior, a la luz de las disposiciones normativas que han quedado examinadas, al Gobierno Nacional le compete fijar la escala salarial de todos los servidores públicos y a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura le corresponde determinar la estructura y planta de personal de la Rama Judicial.

Ahora bien, cabe mencionar que, de acuerdo a la jerarquización de los tribunales judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, referida en los Decretos 1024 de 2013 y 194 de 2014, mediante los cuales se fija por el Gobierno Nacional la escala de remuneración mensual de los empleos de la Rama Judicial, están comprendidos los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Así las cosas, la remuneración correspondiente al cargo de “Abogado Asesor” de “Tribunales Judiciales”, entre ellos el Tribunal Administrativo de Caldas, sí está prevista en los Decretos 1024 de 2013 y 194 de 2014 y, por lo mismo, no hay que acudir a la norma supletoria, como la prevista en el artículo 6 de estos conjuntos normativos.

El señalamiento de “grado 23”, referente al cargo creado de “Abogado Asesor” en Despacho de Magistrado, sí entraña una disposición sobre la remuneración, en cuanto permite inferir que el cargo creado con la denominación “Abogado Asesor Grado 23” no estaría en el marco del cargo de “Abogado Asesor” de “Tribunales Judiciales”.

Lo anterior pese a que la clasificación creada por el Consejo Superior de la Judicatura se fundó en una norma que fue contemplada en forma residual o supletoria en los artículos 6 de los mentados decretos, para los cargos no señalados en la escala de remuneración.

En consecuencia, le asiste razón a la parte accionante en que su remuneración se vio afectada al catalogarse como “grado 23” el cargo de abogado asesor. En este orden de ideas, se ha desvirtuado la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, motivo por el cual se declarará su nulidad.

También se inaplicará la expresión “Grado 23”, del acuerdo por medio del cual se creó de manera permanente el cargo de abogado asesor en los Tribunales de Distrito Judicial y Tribunales Administrativos.

3.4.1. Del restablecimiento de derecho

Conforme a las consideraciones ampliamente tratadas, así como en función de las pruebas obrantes en el expediente, se considera que le asiste razón a la parte demandante en solicitar el reajuste de las prestaciones salariales, laborales y sociales de que es titular, en virtud a las diferencias entre el cargo de abogado asesor grado 23 y el cargo de abogado asesor de Tribunal.

Así las cosas, la entidad demandada deberá efectuar la liquidación de las PRESTACIONES SALARIALES, SOCIALES Y LABORALES DEVENGADAS POR EL ACTOR, teniendo en cuenta el cargo de Abogado Asesor de Tribunal durante el tiempo que el demandante se haya desempeñado en el cargo de Abogado Asesor grado 23.

Igualmente, se deberá tener en cuenta esta misma orden para lo que perciba el actor en el futuro, mientras se desempeñe como abogado asesor. Para lo cual la entidad empleadora hará uso de su sistema de información laboral con el fin de determinar los lapsos de vinculación en ese cargo.

Si sobre las sumas reconocidas no se hubiesen efectuado los descuentos de ley con destino a las entidades de previsión, ellos deberán deducirse.

Todo lo anterior conforme a los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional, durante el tiempo de vinculación en el Tribunal Administrativo de Caldas, para los siguientes períodos:

FÉLIX KENNETH MÁRQUEZ SILVA se desempeñó como abogado asesor entre el 21/03/2018 al 30/05/2018, entre el 01/06/2018 al 26/05/2020, entre el 28/05/2020 a

30/01/2022 y entre el 01/02/2022 a la fecha de la presentación de la demanda. Por lo cual percibió las prestaciones sociales y laborales atribuidas a dicho cargo. *Hecho documentado en la página 24 a 42 del archivo 04 del expediente digital.*

3.5. En cuanto a las excepciones

Se recuerda que la entidad demandada propuso las excepciones de mérito que denominó: *“Falta de causa para demandar”*, *“legalidad de los actos administrativos”* y la *“innominada”*.

Con sujeción a los argumentos planteados a lo largo de la presente providencia, se declararán no probadas los anteriores medios defensa.

3.6. Sobre la prescripción

De oficio, se realizó el análisis de la prescripción y se encontró lo siguiente:

El demandante formuló sus pretensiones ante la entidad el **16 de abril de 2021**. La demanda se presentó el 24 de febrero de 2022 y su vinculación como Abogado Asesor comenzó desde el **21 de marzo de 2018**. Motivo por el cual, en principio podría pensarse que se configuró el fenómeno prescriptivo, sin embargo, de conformidad con lo analizado por el Consejo de Estado, el derecho a reclamar una prestación periódica es imprescriptible durante la vigencia de la relación laboral⁸.

En este sentido, por encontrarse probado que la reclamación se realizó en vigencia de la relación laboral, se concluye que no se configuró la prescripción trienal de las prestaciones perseguidas por el actor, en tanto se trata de prestaciones periódicas.

3.7. La Indexación de las sumas reconocidas

Las sumas serán canceladas en los términos fijados por el art. 192 del CPACA, las que serán debidamente INDEXADAS conforme al ART. 187 del CPACA, es decir, actualizados mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula siguiente:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

8 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. C.P: Cesar Palomino Cortés. 17 de noviembre de 2022. Radicación: 18001-23-33-000-2013-00210-01

Donde el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de pagar al demandante por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia por el índice inicial existente a la fecha de exigibilidad de la respectiva obligación, fecha a partir de la cual debió empezar a devengar sus prestaciones sociales y salariales con el monto salarial fijado para los abogados asesores de tribunal.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales.

La accionada emitirá una resolución en la que liquide los reajustes y los descuentos de ley y demás operaciones, o compensaciones contables a que haya lugar, conforme a lo anteriormente expuesto.

3.8. Sobre la condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 20280 de 2021, toda vez que la contestación de la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

IV. DECISIÓN

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES denominadas “*Falta de causa para demandar*” y “*legalidad de los actos administrativos*” propuestas por La Nación- Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

SEGUNDO: ACCEDER a las pretensiones en el proceso que, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentó el señor FÉLIX KENNETH MÁRQUEZ SILVA en contra de la Rama Judicial-Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial-.

TERCERO: INAPLICAR por inconstitucional la expresión “**grado 23**” contenida en el artículo 16 del Acuerdo PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015, y demás

normas concordantes, complementarias o afines, por medio de la cual se crearon, con carácter permanente, se trasladan y transforman despachos judiciales y cargos en todo el territorio nacional.

CUARTO: DECLARAR LA NULIDAD de la resolución DESAJMZR21-201 del 16 de abril de 2021, en lo referente al reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones salariales, sociales y laborales con base en lo percibido por un abogado asesor grado 23 del Tribunal Administrativo de Caldas. En este mismo sentido se declara la nulidad del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo frente al recurso interpuesto por la parte actora.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, **SE ORDENA** a la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**, reconocer, reliquidar y pagar las prestaciones salariales, sociales y laborales percibidas por el demandante atendiendo a la asignación salarial prevista en la ley para un abogado asesor de tribunal judicial, de acuerdo a la siguiente información:

Al señor FÉLIX KENNETH MÁRQUEZ SILVA desde su vinculación en la categoría de empleo analizada (21 de marzo de 2018), por los períodos en los que se ha desempeñado como abogado asesor grado 23 y hasta que dure su vinculación en esa categoría de empleo.

Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizados mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer esos ajustes.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales.

SEXTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

SÉPTIMO: Por lo brevemente expuesto en la parte motiva de esta sentencia no se condena en costas.

OCTAVO: EJECUTORIADA la providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI. Desde ahora se ordena la expedición de las copias que soliciten las partes, conforme a lo previsto en el artículo 114 del CGP.

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: **432aa6c26933e4bf8c12807d09b769a1136bebb8c2ccf518b445839a3d2480a1**

Documento generado en 22/09/2023 07:25:17 AM

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, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00169-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	JAIME HERNÁN ECHEVERRY GÓMEZ
DEMANDADO:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y MUNICIPIO DE MANIZALES
SENTENCIA N°:	226
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE 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:

DECLARACIONES:

1. Declarar la nulidad del ACTO FICTO O PRESUNTO NEGATIVO de la solicitud realizada el 9 de julio de 2019 en cuanto negó el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.
2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su

salario por cada día de retardo contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

1. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006 a mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que dé cumplimiento en lo que corresponda al fallo, en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 del 2011 C.P.A.C.A.

3. Condenar en Costas a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en los términos del artículo 188 del C.P.A.C.A.

4. En el evento de que se disponga la citación al trámite a la entidad territorial de la cual hace parte la Secretaría de Educación que expidió el acto administrativo demandado en nombre de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, se resuelva su situación jurídica frente al tema debatido en la respectiva sentencia.

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 es docente del sector oficial y le reconocieron cesantías parciales mediante Resolución No. 922 del 19 de diciembre de 2018 por petición

realizada el 06 de julio de ese mismo año. Hecho documentado en las páginas 29 a 33 del archivo “03DemandaAnexos202200169.pdf” del expediente.

2. La parte demandante presentó reclamación administrativa ante el Municipio de Manizales- Secretaría de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción mora por inoportuna consignación de cesantías el 09 de julio de 2019. Hecho documentado en las páginas 34 a 38 del archivo “03DemandaAnexos202200169.pdf” del expediente.

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad del acto ficto a través del cual se niega el reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber sido radicada la solicitud y hasta que se hizo efectivo el pago de la misma, al considerar que la normatividad citada está siendo desconocida por las entidades demandadas al cancelarse la prestación superando los términos allí estipulados, razón que impone el reconocimiento y pago de la mencionada sanción.

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 fundamentó la defensa en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, indicando que con base en esa normativa es a la entidad territorial a quien corresponde el pago de la mora en la que se hubiera podido incurrir por expedir el acto de reconocimiento por fuera de los términos legales.

Igualmente señala que en el caso concreto el pago se puso a disposición del demandante el 26 de febrero de 2019, por lo que se incurrió en 130 días de mora y no en los 313 que reclama la parte actora.

Propuso las excepciones que denominó: *“Culpa de un tercero aplicación ley 1955 de 2019”, “Improcedencia de la indexación de la sanción moratoria”, “improcedencia de reconocimiento de sanción moratoria por ser beneficiario del régimen retroactivo de cesantías”, “estudio de situaciones que ameritan abstenerse de la imposición de condena en costas”, “de la ausencia del deber de pagar sanciones por parte de la entidad fiduciaria” y “excepción genérica”.*

2.3.2. Por su parte, el Municipio de Manizales (archivo 013ContestacionDemandaMunicipioManizales.pdf) señala que se presentaron

varias situaciones administrativas que impidieron proferir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías dentro del término estipulado, sin embargo, los 99 días que transcurrieron entre la solicitud y el acto administrativo son imputables a Fiduprevisora porque no tenía habilitado al docente en su plataforma OnBase.

Refiere que el artículo 2.4.4.2.3.2.28 del Decreto 1272 de 2018 dispone expresamente que el encargado de pagar la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin perjuicio de las acciones legales o judiciales correspondientes que se deben adelantar en contra de quien dé lugar a la configuración de la sanción moratoria.

Propuso las excepciones que denominó: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia del derecho reclamado y falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Presunción de legalidad del acto administrativo atacado de nulidad”, “Cobro de lo no debido”, “Prescripción” y “Excepción Genérica”.*

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: No se pronunció.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 27AlegatosFomag.pdf):

Reiteró los argumentos de la contestación de la demanda y explicó que cabe anotar, que no solo la Nación Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están llamados a responder por la causación de la mora, sino también la entidad territorial; teniendo en cuenta que en primera instancia es ella quien se encarga de la elaboración de los actos administrativos tal como lo establece el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y fue quien incumplió el termino para la elaboración del mismo, tal como establece el artículo 4 de la Ley 1071 del 2006.

Afirma que, en el caso en estudio, la entidad emite el acto administrativo el 19/12/2018, una vez en firme o ejecutoriado dicho acto administrativo, a partir de

ahí la Fiduprevisora S.A cuenta con el término de 45 días hábiles para el pago de la prestación. Conforme a lo anterior, se observa que el acto de reconocimiento de las cesantías fue proferido de forma extemporánea, pues como la solicitud de cesantías se realizó en vigencia del CPACA el término para el pago era de 70 días hábiles, y conforme a la regla establecida en la sentencia de unificación dicho término se cuenta a partir de la petición así: 15 días para proferir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, 10 días de ejecutoria y 45 días para el pago de las cesantías

Explica que la Resolución No. 0922 de reconocimiento y pago de las cesantías fue emitida el 19 de diciembre de 2018, cuando el ente territorial ya había sobrepasado el límite de tiempo otorgado por la Ley, sin dejarle a mi representada el término prudente y establecido por ley para el correspondiente trámite administrativo y así poder realizar el pago oportuno; situación que a la luz del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, la responsabilidad recae en cabeza de del Departamento de Caldas siendo necesaria su condena en la sentencia que ponga fin al litigio.

2.5.3. Municipio de Manizales: No hizo uso de esta etapa procesal.

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). Así mismo, 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. Problema jurídico

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:

¿Se encuentra viciado de nulidad el acto administrativo ficto que negó al accionante el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías?

En caso afirmativo,

¿A quién le corresponde asumir el pago de la mencionada sanción?

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

3.3. Estudio normativo y jurisprudencial

3.3.1. Las normas contenidas en la Ley 1071 de 2006, son aplicables a los docentes:

Así ha sido definido por el H. Consejo de Estado en la sentencia SUJ-012-S2, fallo del 18 de julio de 2018, en la cual sobre este aspecto unificó su jurisprudencia en el sentido que a los docentes le son aplicables las Leyes 244 de 1995¹ y 1071 de 2006², que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos, siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional. Al punto explicó

*“...Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales³, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia,*

¹ «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

² «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

³ Definición utilizada en el Decreto Ley 3135 de 1968, para significar a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.

*ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley...”*

Así las cosas, se concluye que la Ley 1071 de 2006, es aplicable en su integridad al régimen especial de los docentes y, por tanto, la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deben acatar el mandato legal contenido en el art. 2 de la citada normativa, relacionado con el reconocimiento y pago oportuno de sus cesantías parciales y definitivas de aquellos.

3.3.2. Regulación normativa de la Sanción Mora

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial y sin personería jurídica, cuyos recursos son administrados por una entidad fiduciaria. El artículo 9° ibidem, dispuso que las prestaciones sociales que paga el Fondo son reconocidas por La Nación a través del Ministerio de Educación Nacional. Tiene a su cargo la atención de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, y uno de sus objetivos es efectuar el pago de dichas prestaciones al personal afiliado.

Respecto del trámite de las solicitudes de prestaciones sociales a cargo del Fondo, la Ley 962 de 2005 estableció en su artículo 56 que éstas serían reconocidas y pagadas por el mismo mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de la entidad fiduciaria que administra sus recursos, proyecto que debe ser elaborado por los secretarios de educación de los entes territoriales certificados.

Dicha disposición fue reglamentada por el Decreto 2831 de 2005. Allí se indicó que las solicitudes debían ser radicadas en las secretarías de educación de las entidades territoriales, quienes debían elaborar el proyecto de acto administrativo de reconocimiento para ser enviado a la entidad fiduciaria dentro de los 15 días siguientes a la radicación de la solicitud, para su aprobación, una vez aprobado, debía ser firmado por el secretario de educación.

Posteriormente, la Ley 1071 de 2006, estableció en su artículo 4° que *“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.”* Y que en caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10)

días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Que una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los 15 días hábiles señalados, luego de lo cual, según el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006 *“La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social”*.

Esta ley fue reglamentada posteriormente por el Decreto 1075 de 2015 Único Reglamentario del Sector Educación- el que, a su vez, fue modificado por el Decreto Nacional 1272 de 2018 – que estableció un procedimiento reglado y específico para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a cargo del Fondo, reiterando la gestión a cargo de las secretarías de educación.

De acuerdo al artículo 2.4.4.2.3.2.22. del Decreto 1272 de 2018 las solicitudes correspondientes a reconocimientos de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deben ser resueltas sin exceder 15 días hábiles contados desde la radicación completa de la solicitud por parte del peticionario.

En ese lapso de 15 días, expresa el artículo 2.4.4.2.3.2.23. que la entidad territorial certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la presentación en debida forma de la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá elaborar un proyecto de acto administrativo que resuelva el requerimiento y *“Dentro del mismo término indicado en el inciso anterior, la entidad territorial deberá subir y remitir a través de la plataforma dispuesta para tal fin el proyecto de acto administrativo debidamente digitalizado con su respectivo expediente para que sea revisado por la fiduciaria.”*

Luego, que la sociedad fiduciaria, dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de acto administrativo de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, deberá impartir su aprobación o desaprobación argumentando de manera precisa el sentido de su decisión. Dentro del mismo término de 5 días hábiles, la sociedad fiduciaria deberá digitalizar y remitir a la entidad territorial certificada en educación la decisión adoptada, a través de la plataforma dispuesta para tal fin a voces del Artículo 2.4.4.2.3.2.24.

Posteriormente, la entidad territorial certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo por parte de la sociedad fiduciaria, del documento que

contiene la aprobación o la desaprobación del proyecto de acto administrativo, deberá expedir el acto administrativo definitivo que resuelva la solicitud de reconocimiento de cesantías. (Artículo 2.4.4.2.3.2.25).

3.3.3. Momento en que se causa la sanción moratoria:

Ahora bien, la Ley 1071 de 2006 que modificó y adicionó la Ley 244 de 1995, regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, así como establece sanciones y se fijan términos para su cancelación, disponiendo en lo pertinente:

“(…)

ARTÍCULO 4o. TÉRMINOS. *Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los petitionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*

PARÁGRAFO. *En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al petitionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.*

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO. *La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*

PARÁGRAFO. *En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este (...).” /Negrilla fuera de texto/*

De las anteriores normas se deduce que la administración cuenta con 15 días hábiles para proferir el acto administrativo de reconocimiento, cuando medie solicitud de cesantías parciales o definitivas; en firme el acto administrativo de reconocimiento, dentro de los 45 días hábiles se debe surtir el pago de la prestación, so pena de incurrir en mora penalizada con un día de salario por cada día de atraso.

El H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación a la que se ha hecho referencia, respecto a la exigibilidad de la sanción moratoria, estableció varias hipótesis sobre las cuales fijó las siguientes reglas:

i) Hipótesis de falta de pronunciamiento o pronunciamiento tardío:

En el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –*cesantías parciales o definitivas*- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006⁴), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011⁵) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51⁶], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006⁷.

⁴ «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación. [...] Artículo 4. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.»

⁵ «ARTÍCULO 76. oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

[...] ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.

2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.

3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.

4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.

5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.»

⁶ «Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

[...]

Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme.

[...]»

⁷ «Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.»

ii) Hipótesis de acto escrito que reconoce la cesantía

Analizó el Consejo de Estado la causación de la penalidad en el evento de que exista acto escrito de parte de la administración que reconoce la cesantía, sí se notifica o no, a través de qué medio o, si se renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, considerando que éstos son los momentos en que legamente se inicia el término para controvertirlo y después verificar el pago oportuno de la cesantía.

Resumió los supuestos que se pueden dar en dicho escenario a través del siguiente cuadro:

HIPÓTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del termino de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ⁸	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

Respecto a la liquidación de la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, el H. Consejo de Estado según se trate de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, indicó:

- Cesantías parciales:

⁸ Se consideran los supuesto de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cueles, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

“Al respecto, la Sección Segunda sienta jurisprudencia para precisar que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las **cesantías parciales**^[1] será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad, por cuanto el incumplimiento de la entidad empleadora puede comprender una o más anualidades, es decir se extienda en el tiempo, además que la penalidad se encuentra justificada por el incumplimiento en la obligación del pago por el empleador; y porque contrario al sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990^[2], para los servidores públicos del nivel territorial afiliados a fondos administradores privados y que se vinculen a partir del 31 de diciembre de 1996^[3], la obligación del empleador surge por cada vigencia fiscal -Efectuar la liquidación el 31 de diciembre y consignar dicho valor antes del 15 de febrero del año siguiente- y es la razón por la cual en la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 de 2016, se expuso que cuando «[...] concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.»

- Cesantías definitivas:

“A diferencia de la anterior, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las cesantías **definitivas**, la asignación básica salarial tenida en cuenta será la percibida para la época en que finalizó la relación laboral, por cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagarlas...”

Reglas que condensó en el siguiente cuadro:

RÉGIMEN	BASE DE LIQUIDACIÓN DE MORATORIA (Asignación Básica)	EXTENSIÓN EN EL TIEMPO (varias anualidades)
Anualizado	Vigente al momento de la mora	Asignación básica de cada año
Definitivo	Vigente al retiro del servicio	Asignación básica invariable
Parciales	Vigente al momento de la mora	Asignación básica invariable

3.4. El caso concreto

Según las pruebas aportadas al expediente, se tiene lo siguiente:

El demandante **Jaime Hernán Echeverry Gómez** solicitó el pago de las cesantías el **07/02/2018** (fl.19 archivo *06AnexosDemanda.pdf*), fecha que se tiene como cierta

pues así se puede constatar en el sello de recibido del Formato de Solicitud de Cesantía Parcial.

En efecto, pese a que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio toma como fecha de solicitud el 06/07/2018 y así quedó consignado en el acto administrativo que reconoce la cesantía, el Municipio de Manizales en la contestación de la demanda explica lo ocurrido entre estos dos extremos temporales:

*El día **07 de febrero de 2018**, la oficina de prestaciones sociales de la Secretaría de Educación Municipal intenta realizar el proceso de radicación del docente en la Plataforma OnBase de Fiduprevisora. Sin embargo, no es posible realizarlo ya que una vez que se digita la cedula No. 75.077.817 del docente en cuestión, aparece un cuadro que informa: **"NO HAY NOMBRAMIENTOS ASOCIADOS AL ENTE QUE INTENTA REALIZAR LA RADICACIÓN"**.*

La Oficina de Prestaciones Sociales de la Secretaría de Educación Municipal, informa a FIDUPREVISORA sobre la inconsistencia y solicita habilitar al docente en dicha plataforma.

El día 01 de junio de 2018 la oficina de Prestaciones Sociales de la Secretaría de Educación, atendiendo especificaciones del correo anterior de FIDUPREVISORA envía al correo: abeltran@fiduprevisora.com.co, acta de posesión y nombramiento del docente, donde se evidencia que si labora con el Municipio de Manizales. Se adjunta pantallazo de correo electrónico.

*Solo hasta el día **06 de julio de 2018 a las 03:26:21 pm** se pudo ingresar la solicitud de la docente en la plataforma OnBase de FIDUPREVISORA, arrojando el Número de radicación: **2018-CES-597836**. (Negrillas y subrayas del texto original)*

Así entonces, no es procedente que el accionante sea quien asuma las dificultades técnicas y administrativas que tuvieron las entidades al momento de la radicación de la solicitud en la plataforma destinada para tal efecto, por lo que se reitera, la solicitud se entiende presentada el **07 de febrero de 2018**.

Respecto del pago de las cesantías, del certificado expedido por el Fomag (fl.25 archivo *06AnexosDemanda.pdf*), información que fue reiterada en el memorial que contestó la prueba de oficio decretada por el Despacho (*31RespuestaPrueba.pdf*), se puede establecer que el dinero de las cesantías se colocó a disposición del accionante el **26/02/2019**.

Lo anterior, porque si bien el accionante aduce que el pago se le realizó el 20/05/2019, en el certificado bancario del BBVA (fl. 21 *06AnexosDemanda.pdf*) aparece la anotación de REPROGRAMACIÓN, lo cual no tuvo una explicación por parte del accionante, mientras el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio en el memorial que contestó la prueba de oficio decretada por el Despacho (*31RespuestaPrueba.pdf*), explicó que *“(l)os pagos que realiza el FNPSM a través de cobro por ventanilla tienen vigencia de 30 días calendario BBVA y 45 banco Agrario, pasado este tiempo la entidad bancaria procede con el reintegro de los dineros a la Fiduciaria.”* De lo que se puede inferir razonablemente que la reprogramación del pago se debió a que el mismo no se reclamó en tiempo en la primera oportunidad que se puso a disposición del docente, por lo que el tiempo posterior al **26/02/2019** no puede imputarse a la mora de la entidad.

Al respecto, la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado en providencia del 22 de julio de 2021, con ponencia del Consejero Ponente, Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, estudio un recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra una sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia que negó las súplicas de la demanda por cuanto el dinero de las cesantías se puso a disposición del demandante con fecha anterior a la que vencía el plazo para el pago, y en el que la parte demandante consideró que la entidad no demostró que se le hubiere informado al actor mediante cualquier medio idóneo que el dinero se encontraba disponible para reclamarlo, caso en el cual el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción consideró que al contrario a lo alegado en la alzada, era el actor quien tenía el deber procesal de demostrar que había adelantado toda la gestión para el cobro de su prestación y que, a pesar de ello, la entidad se abstuvo de pagarle o incurrió en mora, tal como se cita a continuación:

"De las pruebas anteriormente enunciadas, se desprende que el 7 de enero de 2015 el actor pidió el reconocimiento de unas cesantías parciales, concedidas por medio de Resolución 2387 de 13 de febrero siguiente, puestas a su disposición para pago el 1º. de abril de esa anualidad, pero por no haber sido cobradas, fueron reprogramadas para el 3 de agosto de 2016. El 23 de febrero de 2017 aquel reclamó de la accionada la sanción moratoria por la cancelación tardía de dicha prestación, lo que no fue atendido y se constituyó el acto ficto objeto de la súplica de nulidad.

(...)

Sobre el caso del demandante, este alega que debió notificársele que el dinero estaba a su disposición para el cobro y que «[...] la parte demandada no anexa documento alguno en el cual [lo] citen y/o certifiquen que [...] fuera notificado, y a su vez, informad[o] de que ya se encontraba depositado el dinero, o que en su defecto, se podía acercar a las oficinas del BANCO BBVA con el fin de que

pudiese recibir el pago de sus cesantías», pues le correspondía a la entidad acreditar que el mencionado dinero podía ser cobrado.

Al respecto, se precisa que de conformidad con lo previsto en el artículo 167 del Código General del Proceso (CGP) «*[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*», **por lo que, contrario a lo alegado en la alzada, era el actor quien tenía el deber procesal de demostrar que había adelantado toda la gestión para el cobro de su prestación y que, a pesar de ello, la entidad se abstuvo de pagarle o incurrió en mora, circunstancia que no ocurrió en este caso, sino que, según las pruebas allegadas, el dinero estuvo disponible para pago y al no ser retirado, se reprogramó para una fecha posterior.**

(...)

En tales condiciones, esta Corporación concluye que el cómputo de los términos efectuado por el Tribunal de instancia concuerda con la realidad procesal y fue consecuencia de lo acreditado dentro del expediente, que evidencia que el plazo máximo para el reconocimiento y pago de las cesantías del accionante era el 21 de abril de 2015, mientras que los dineros se pusieron a su disposición el 1º. anterior (dentro de la oportunidad legal), **motivo por el que no le asiste razón al demandante de reclamar la sanción moratoria por el pago tardío de dicha prestación, tal como lo concluyó el a quo.**

En el asunto *sub examine*, el Fomag no resolvió la solicitud de cesantías parciales en tiempo, pero sí las puso a disposición para pago dentro del plazo legal, según la contabilización de los términos en el cuadro que antecede, es decir, que si bien la petición de la prestación debía decidirse a más tardar el 29 de enero de 2015 (y ocurrió el 13 de febrero siguiente), lo cierto es que su pago debería efectuarse el 21 de abril de esa anualidad y, como se expuso, el 1º. de los mismos mes y año el dinero estuvo disponible para ser cobrado, esto es, dentro del respectivo plazo y, por ende, de manera oportuna.

En tales condiciones, esta Corporación concluye que el cómputo de los términos efectuado por el Tribunal de instancia concuerda con la realidad procesal y fue consecuencia de lo acreditado dentro del expediente, que evidencia que el plazo máximo para el reconocimiento y pago de las cesantías del accionante era el 21 de abril de 2015, mientras que los dineros se pusieron a su disposición el 1º. anterior (dentro de la oportunidad legal), **motivo por el que no le asiste razón al demandante de reclamar la sanción moratoria por el pago tardío de dicha prestación, tal como lo concluyó el a quo.**

Con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, la Sala confirmará la sentencia de

primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda.”¹² **Negrita y subrayas del Juzgado.**

Por el motivo anterior, no se admite en este caso, la pretensión de la parte demandante tendiente a que la mora en el pago de las cesantías se compute hasta la fecha en que el solicitante reclamó el dinero, habida cuenta que es deber de la parte estar presta y diligente a reclamar dicha prestación.

Así entonces, el asunto estudiado en el presente caso encaja dentro de la segunda de las hipótesis propuestas por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación reseñada en el acápite anterior, en tanto el acto administrativo que reconoció las cesantías, fue proferido por fuera del término que se tenía para ello, así también su pago se da de manera tardía. Así las cosas, se tiene lo siguiente:

Fecha de solicitud de cesantías	Fecha límite para proferir el acto de reconocimiento (15 DÍAS)	Término de ejecutoria de la decisión (10 DÍAS)	A.A de reconocimiento	Fecha límite para cancelar las cesantías (45 DÍAS)	Fecha de pago de las cesantías	Días de mora, según fecha ejecutoria
07/02/18	28/02/18	14/03/2018	Res. 922 del 19/12/18	23/05/2018	26/02/19	Del 24 de MAYO de 2018 al 25 de FEBRERO de 2019

En ese sentido, nótese que transcurrieron **278 días** de mora, pues los 45 días que tenía el Fondo para pagar, luego de estar notificado y ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento de cesantías, **vencieron el 23/05/2018** y el dinero se puso a disposición para el pago el día **26/02/2019**.

3.5. En cuanto a la indexación de la sanción moratoria

Este despacho se acoge a la posición fijada por la Corte Constitucional en sentencia de unificación 041 de 2020, para concluir, luego de analizar las varias posiciones que se han fijado por el Consejo de Estado, que no se seguiría condenando al pago de dicha indexación, en la medida que, como lo explica la guardiana de la Constitución, *“no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella.”*

Por tal motivo, no se accederá a las pretensiones de indexación de los dineros que deban cancelar las demandadas por concepto de sanción moratoria, en apego a la posición fijada por la Corte Constitucional en la sentencia comentada, reiterando la postura del H. Consejo de Estado, en los casos en que fue solicitado.

3.6. Conclusión

Así las cosas, el Juzgado declarará la nulidad del acto ficto configurado el **09/10/2019**, por la petición para el pago de la sanción mora presentada el **09/07/2019**.

A título de restablecimiento del derecho, se le ordenará a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que pague a la parte demandante la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, en razón de **278 días de mora**, que se calcularán con la asignación básica devengada en el año **2019**.

En ese sentido, se declararán probadas las excepciones denominadas *“Inexistencia del derecho reclamado”* y *“Cobro de lo no debido”* propuestas por el Municipio de Manizales, pero exclusivamente frente a la entidad territorial.

Del mismo modo, se declararán no probadas las excepciones de *“Culpa de un tercero aplicación ley 1955 de 2019”*, *“Improcedencia de la indexación de la sanción moratoria”*, *“Improcedencia de reconocimiento de sanción moratoria por ser beneficiario del régimen retroactivo de cesantías”*, *“De la ausencia del deber de pagar sanciones por parte de la entidad fiduciaria”* propuestas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Lo anterior, por cuanto el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio basa su estrategia de litigio en la aplicación del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, sin embargo, para la fecha de presentación de la solicitud de las cesantías (07/02/2018) y para la época en que finalizó la mora (26/02/2019), dicha norma aún no se encontraba vigente, pues la misma entró a regir a partir del 25 de mayo de 2019, lo que indica entonces que quien debe asumir la responsabilidad de la mora en su totalidad, es esta entidad.

3.7. Sobre la Prescripción

Como la sanción moratoria surge por cada día de retardo, es decir, que la misma se causa día tras día, hasta que se cancelen las cesantías es procedente aplicar en el presente caso la prescripción trienal, en caso de configurarse. Sin embargo, dicho fenómeno no se presentó en tanto la solicitud de la sanción moratoria se hizo dentro de los tres años siguientes a su causación, esto es, el 09 de julio de 2019.

3.8. 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 contestación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio 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 PROBADAS las excepciones denominadas *“Inexistencia del derecho reclamado”* y *“Cobro de lo no debido”* propuestas por el Municipio de Manizales, pero exclusivamente frente a la entidad territorial.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones denominadas *“Culpa de un tercero aplicación ley 1955 de 2019”*, *“Improcedencia de la indexación de la sanción moratoria”*, *“Improcedencia de reconocimiento de sanción moratoria por ser beneficiario del régimen retroactivo de cesantías”*, *“De la ausencia del deber de pagar sanciones por parte de la entidad fiduciaria”*, por lo explicado en la parte considerativa.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del acto ficto configurado el **09/10/2019**, por la petición para el pago de la sanción mora presentada el **09/07/2019** dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO presentado por el señor **JAIME HERNÁN ECHEVERRY GÓMEZ** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **MUNICIPIO DE MANIZALES**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, pagará al demandante, la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, en razón de **278 días de mora**, que se calcularán con la asignación básica devengada en el año **2019**.

QUINTO: A la sentencia se le dará cumplimiento en los términos previstos en los artículos 192 y siguientes del CPACA.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: NO CONDENAR EN COSTAS, por lo brevemente considerado.

OCTAVO: 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 “27EscritoAlegatosFomag.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. 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 el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo “27EscritoAlegatosFomag.pdf” del expediente.

NOVENO: 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: **0be377ff59fb9bcc6703a3ff036203bf5055036fa4ecc4180afc04be328bc98a**

Documento generado en 22/09/2023 03:35:33 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, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00280-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	MARIO ANTONIO PUELLO CORREA
DEMANDADO:	NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-
SENTENCIA N°:	214
ESTADO N°:	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

I. 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.

II. ANTECEDENTES

2.1. Elementos fácticos relevantes

Teniendo en cuenta que la fijación del litigio contiene los elementos fácticos fundamentales sobre los cuales versa el presente proceso y, además, trae consigo el problema jurídico que debe resolverse en esta instancia, se transcribe en los siguientes términos¹:

1. El señor Mario Antonio Puello Correa pertenece al régimen acogido, por trabajar para el Tribunal Superior de Manizales, Sala Laboral, en el cargo de abogado asesor 23 desde el 14/07/2020 al 12/11/2020, entre el 27/01/2022 al 31/01/2022 y entre el 02/02/2022 hasta, por lo menos, la fecha de la presentación de la demanda. Por lo cual percibió las prestaciones sociales y laborales atribuidas a dicho cargo (grado 23 y no del cargo abogado asesor innominado). *Hecho documentado en la página 39 a 42 del archivo 04 del expediente digital.*
2. El señor Mario Antonio Puello Correa presentó solicitud el 15 de febrero de 2022, ante la Dirección Seccional de Administración Judicial, con el fin de

¹ Se resalta que la propuesta de fijación del litigio fue aceptada por las partes al guardar silencio frente al auto por medio del cual se adoptó tal fijación.

obtener, en resumen, el reconocimiento y pago de las prestaciones correspondientes a un Abogado Asesor de Tribunal Judicial, sin denominación alguna. Para lo anterior, pidió la inaplicación de la expresión “grado 23” contenida en el acuerdo PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015. *Hecho documentado entre las páginas 10 a 19 del archivo 04 del expediente digital.*

3. La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Manizales, Caldas, resolvió la petición por resolución DESAJMAR22-68 del 22 de febrero de 2022. Resolución frente a la cual se formuló el recurso de apelación, mismo que fuera concedido mediante resolución DESAJMAR22-86 del 24 de febrero de 2022, pero que no fue resuelto, por lo menos, hasta la fecha de presentación de la demanda. *Hecho documentado entre las páginas 20 a 38 del archivo 04 del expediente digital.*

2.2. La teoría del caso de la parte actora

La parte demandante, en resumen, consideró que la Constitución y la ley le atribuye la función de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados de la Rama Judicial al Gobierno Nacional. Lo anterior, bajo criterios objetivos como el nivel de los cargos, la naturaleza de las funciones, las responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño.

Bajo este entendido, dijo, que el Gobierno Nacional ha expedido años tras año la remuneración de Abogado Asesor mediante los decretos respectivos. De lo cual se resaltó que se previó en esos mismos cuerpos normativos una remuneración de “carácter residual” para aquellos cargos cuya denominación no estuviere señalada expresamente.

Conforme a las normas descritas en la demanda, expedidas año tras año, se encuentran diferencias salariales dejadas de pagar, presuntamente, al señor Puello Correa. Bajo esta condición, el Consejo Superior de la Judicatura, facultado por el numeral 2 del artículo 257 de la Constitución Política de Colombia, diseñó la estructura de las plantas de personal de los juzgados y los tribunales. Sin embargo, la función de determinar la escala salarial y prestacional se le atribuye exclusivamente, como ya se dijo, al Gobierno Nacional.

Motivo por el cual, con la expedición del Acuerdo PSAA15-10402 DE 2015, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura excedió su competencia, en cuanto le atribuyó el grado 23 a los cargos de abogados asesores y, con ello, creó una incidencia salarial en la determinación salarial de los empleados de dichos

cargos, generando así una diferenciación salarial y prestacional que acarrea la posibilidad de inaplicar dicho conjunto normativo.

Esta situación se agudizó con la expedición del acuerdo PCSJA22-11968 del 30 de junio de 2022 en el cual se cambió la denominación del cargo, pasando de Abogado Asesor 23 a Profesional Especializado grado 23. Según la parte actora, la entidad demandada pretendió disfrazar una realidad, atribuyendo una denominación a un cargo que desde su creación debió ajustarse a los parámetros constitucionales, en aras de no invadir competencias de las que es titular el Gobierno Nacional.

2.3. Pretensiones

Bajo estos argumentos la parte pretende que se inaplique, por inconstitucional, el artículo 17 del Acuerdo PSAA15-10402 DE 2015, en cuanto a la denominación “Grado 23” asignada al cargo de abogado asesor, así como la inaplicación del acuerdo PCSJA22-11968 del 30 de junio de 2022, en tanto cambió la denominación Abogado Asesor Grado 23 por la de Profesional Especializado Grado 23. En consecuencia, se declare la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se negó la petición de reconocimiento y pago de los ajustes salariales y prestacionales existentes entre el Abogado Asesor de Tribunal Judicial y el grado 23 y se proceda a tal reconocimiento, entre otras pretensiones.

2.4. La defensa de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial

El apoderado de la entidad demandada, en síntesis, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y sostuvo que los actos administrativos demandados fueron expedidos dentro de las facultades legales y constitucionales, que, por lo tanto, son acordes con el ordenamiento jurídico. En este sentido, consideró que el Consejo Superior de la Judicatura es autónomo para tomar decisiones encaminadas al buen funcionamiento de la administración de justicia, entre los que se encuentran la creación, modificación o supresión de cargos, previo seguimiento de las necesidades de la administración de justicia.

En efecto, tal autoridad cuenta con la potestad reglamentaria y las facultades constitucionales para la expedición de reglamentos tanto organizativos como generales de tipo ejecutivo, independiente y normativo. Motivo por el cual el Consejo Superior de la Judicatura es la autoridad encargada de reglamentar la carrera judicial, definir lo relacionado con sus funciones y los requisitos de los empleos de la Rama Judicial, conforme a lo reglado por el artículo 257-3 de la Constitución Política.

Dentro de la defensa también se anunció que el acuerdo demandado fue expedido en cumplimiento de las funciones del Consejo Superior de la Judicatura, debido a que la Ley 270 de 1996 otorgó plenas facultades para que dentro de la autonomía administrativa procediera con la planeación del plan de descongestión judicial, determinar el tipo de cargos que se requerían crear de manera transitoria, el seguimiento de las medidas, el control, la revisión de metas.

Con sujeción a lo anterior, la autoridad demandada, teniendo en cuenta las necesidades de las diferentes jurisdicciones y especialidades, determinó que el cargo que se debía crear para la descongestión de los Tribunales Administrativos y Superiores era el de abogado asesor grado 23, el cual no tiene relación con el abogado asesor innominado de la Ley 4 de 1992, sino que se determinó un grado específico cuya remuneración es proporcional al grado de funciones y responsabilidades que demanda el perfil.

Para apuntalar su defensa, la parte demandada propuso, entre otras argumentaciones, las excepciones que denominó: i) Falta de causa para demandar pues el Consejo Superior de la Judicatura expidió los acuerdos dentro de su autonomía administrativa y de conformidad con la Constitución y la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. ii) Legalidad de los actos administrativos iii) Prescripción y la iv) genérica o innominada.

En este orden de ideas, el Despacho estima que la diferencia entre las partes consiste en que el demandante persigue que se le reconozcan y paguen las prestaciones sociales y laborales correspondientes al abogado asesor innominado y no bajo la clasificación aplicada por el Consejo Superior de la Judicatura quien, según la parte demandada, era competente para expedir los acuerdos necesarios para el buen funcionamiento de la administración de justicia.

2.5. Problema Jurídico

Así las cosas, el Despacho propone como problemas jurídicos que deben resolverse en esta instancia los siguientes:

¿El Consejo Superior de la Judicatura excedió su competencia al determinar el grado 23 al cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial creado por el Gobierno Nacional?

¿Es procedente la inaplicación de la expresión “Grado 23” del PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015 (art. 17) para la clasificación del cargo

“abogado asesor”, adscrito a los despachos de los Tribunales Administrativos y Tribunales Superiores de Distrito Judicial?

¿El demandante tiene derecho a que se le paguen las diferencias salariales y prestacionales entre lo devengado en el cargo de Abogado Asesor grado 23 y el cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial?

En caso afirmativo:

¿Se configuró la prescripción trienal de las prestaciones reclamadas?

Con la respuesta que se emita para el problema jurídico planteado se resolverá el litigio y las excepciones propuestas por la entidad demandada.

2.6. Alegatos de conclusión

2.6.1. Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (Archivo 16 del expediente)

En resumen, el apoderado de la entidad demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda por considerar que la entidad que representa es autónomo para tomar las decisiones encaminadas al mejoramiento del funcionamiento de la administración de justicia como: la creación, modificación o supresión de cargos, previo seguimiento de las necesidades de la administración de justicia, por tener potestad reglamentaria en determinadas materias, en tanto constitucional y legalmente puede expedir reglamentos organizativos y generales de tipo ejecutivo, independiente y normativo.

La fundamentación jurisprudencial de la anterior postura fue enfocada en la providencia del 15 de abril de 2004, expedida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la que se abordó la discusión y se concluyó que el legislador le confirió facultades al Consejo Superior de la Judicatura para crear cargos con el fin de descongestionar los despachos judiciales.

En hilo con lo expuesto, también afirmó que los apartes del acuerdo cuya inaplicación se persigue fueron expedidas en cumplimiento de funciones propias de la entidad accionada, resaltando que la Ley 270 de 1996 es el conjunto normativo de donde se deriva tal atribución.

Más adelante, en el escrito se citó un extracto de una jurisprudencia del Consejo de Estado con el fin de abordar la discusión del caso concreto y luego recordó la norma que establece la remuneración mensual del grado 23, entre otros argumentos sobre la creación de los distintos cargos y la ejecución de los decretos que establecen las escalas.

En cuanto a la solicitud de inaplicación de una norma, reaccionó haciendo memoria de los parámetros jurisprudenciales que imponen a quien invoque la excepción de inconstitucionalidad, la carga argumentativa sólida y verificable, por lo cual no basta que se alegue una supuesta falta de competencia del Consejo de la Judicatura para determinar el cargo del empleo aduciendo que incide en su remuneración.

Finalmente, señaló la carencia de acreditación de la igualdad de funciones entre uno y otro cargo, así como las responsabilidades y cargas laborales. También se pronunció sobre la condena en costas y agencias en derecho, como a modo de petición subsidiaria en caso de acceder a las pretensiones de la demanda.

2.6.1. Parte actora

Nota: En el expediente no reposa documento alguno que contenga los alegatos de conclusión de la parte actora. Tampoco concepto emitido por la delegada del Ministerio Público.

2.7. Concepto del Ministerio Público:

No se pronunció en esta oportunidad.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

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 causal de nulidad que pueda viciar lo actuado. Las partes tienen capacidad para comparecer al proceso, se encuentran debidamente representadas, la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se corrió traslado de las excepciones, se recaudaron los medios probatorios necesarios para decidir, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, razón por la cual, es posible proferir sentencia que ponga fin a la primera instancia.

Se recuerda que al finalizar cada etapa procesal se efectuó el control de legalidad, sin que se encontraran errores que necesitaran de la adopción de medidas de saneamiento. No se advirtió 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. Problemas jurídicos

Se recuerda que los problemas jurídicos que se deben resolver en esta instancia son:

¿Es procedente la inaplicación de la expresión “Grado 23” para la clasificación del cargo “abogado asesor”, adscrito a los despachos de los Tribunales Administrativos y Tribunales Superiores de Distrito Judicial?

¿Se debe ordenar la reliquidación y pago de las prestaciones sociales, laborales y salariales de la parte actora?

En caso afirmativo:

¿Se configuró la prescripción trienal de las prestaciones?

Con la solución a cada uno de estos interrogantes, se resolverán, de contera, las excepciones de mérito propuestas por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. El itinerario que recorrerá la presente providencia estará marcado por el orden de cada problema jurídico y, dentro de cada uno de ellos, el análisis normativo y jurisprudencial, así como la tesis del Despacho.

3.3. Tesis del Despacho

De conformidad con el análisis constitucional, legal y jurisprudencial que a continuación se desarrollará, en criterio de esta dependencia judicial existe mérito para acceder a las pretensiones de la demanda.

Con fundamento en los razonamientos realizados a continuación, se concluyó que el Consejo Superior de la Judicatura se extralimitó en el ejercicio de sus competencias constitucionales y legales al asignarle una clasificación al cargo de abogado asesor de los Tribunales Administrativos y Tribunales Superiores de Distrito Judicial, cuando quien ha debido hacerlo es el legislador o el Gobierno Nacional por autorización del primero.

La tesis que se pretende desarrollar parte de la existencia de un ordenamiento jurídico cuya norma fundamental es la Constitución Política de 1991, norma que supone su primacía sobre las restantes del ordenamiento y de la que se deriva una fuerza normativa tal, que subordina las demás reglas expedidas en virtud de su autorización.

De conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Constitución Política no se deriva solo la validez formal de las demás normas del ordenamiento jurídico, sino también, la validez material de las mismas. Esta fuerza

directiva implica la subordinación legislativa y administrativa a las disposiciones fundamentales de la Carta y el sometimiento al Bloque de Constitucionalidad.

Para sustentar esta providencia se tuvieron en cuenta los lineamientos argumentativos que, en esencia, expusieron el Tribunal Administrativo de Boyacá² y el Juzgado Transitorio Administrativo de Manizales en temas semejantes a los que aquí se debaten.

3.3.1. De la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos

En virtud de lo previsto en el artículo 150 de la Constitución Política, el Congreso de la República expidió la Ley 4ª de 1992, por medio de la cual:

“(…) se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”. (Subrayas fuera de texto).

Respecto a los destinatarios de la norma, se previó:

*“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:
(…)
b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República; (…)”.*

En relación a los objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debía acoger al momento de fijar el régimen salarial y prestacional de los funcionarios enumerados en el artículo antes transcrito, se dispuso:

*“ARTÍCULO 2o. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:
(…)
a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales”. (Subrayas por fuera del texto original).*

De igual forma, la Ley 4 de 1992 previó:

² Tribunal Administrativo de Boyacá. 22 de septiembre de 2020. Radicación 150001-23-33-000-2018-00419-00. M.P. José Ascención Fernández Osorio.

ARTÍCULO 3o. El sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos.

Artículo 4o.- Con base en los criterios y objetivos contenidos en el artículo 2 el Gobierno Nacional, dentro de los primeros diez días del mes de enero de cada año, modificará el sistema salarial correspondiente a los empleados enumerados en el artículo 1 literal a), b) y d), aumentando sus remuneraciones. (...)

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 57 de 1993, el cual, entre otras disposiciones, consignó:

Artículo 1. El régimen salarial y prestacional establecido en el presente Decreto será de obligatorio cumplimiento para quienes se vinculen al servicio con posterioridad a la vigencia del mismo y no se tendrá en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios del cualquiera de las ramas del Poder Público, organismos o instituciones del Sector Público.

Artículo 2. Los servidores públicos vinculados a la Rama Judicial y a la Justicia Penal Militar podrán optar por una sola vez, antes del 28 de febrero de 1993, por el régimen salarial y prestacional establecido en el presente Decreto. Los servidores públicos que no opten por el régimen aquí establecido continuarán rigiéndose por lo dispuesto en las normas legales vigentes a la fecha.

Con sujeción a lo anterior, el Gobierno Nacional es quien fija el régimen salarial y prestacional mediante decreto expedido anualmente, ya fuera respecto a cargos con una nominación específica o subsidiariamente a partir de una escala salarial.

3.3.2. De la competencia del Consejo Superior de la Judicatura

La Carta Política de 1991 creó el Consejo Superior de la Judicatura asignándole, entre otras, las siguientes funciones:

*ARTÍCULO 257. Con sujeción a la ley, el Consejo Superior de la Judicatura cumplirá las siguientes funciones:
(...)*

- 1. Crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia.**

En ejercicio de esta atribución, el Consejo Superior de la Judicatura no podrá establecer a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales. (...) (Negritas por fuera del texto original)

La Ley 270 de 1996 dispuso:

*ARTÍCULO 85. FUNCIONES ADMINISTRATIVAS. Corresponde a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura:
(...)*

5. Crear, ubicar, redistribuir, fusionar, trasladar, transformar y suprimir Tribunales, las Salas de éstos y los Juzgados, cuando así se requiera para la más rápida y eficaz administración de justicia, así como crear Salas desconcentradas en

ciudades diferentes de las sedes de los Distritos Judiciales, de acuerdo con las necesidades de éstos.

(...)

9. Determinar la estructura y las plantas de personal de las Corporaciones y Juzgados. Para tal efecto podrá crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la Rama Judicial, determinar sus funciones y señalar los requisitos para su desempeño que no hayan sido fijados por la ley.

En ejercicio de esta atribución el Consejo no podrá establecer a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales. (...)

Conforme a lo anterior, se evidencia la función que se le asignó a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para “crear” los cargos que estime necesarios para la administración de justicia. Al igual que hacer las incorporaciones a las plantas de personal, en obediencia a las regulaciones de carácter general.

Sin embargo, en una interpretación tan solo gramatical de las disposiciones transcritas nos permite dilucidar que, en principio, esa Corporación hizo uso de las funciones al expedir el acuerdo para la creación de cargos de manera permanente; actuaciones que se observan son netamente administrativas y su ejercicio está atado a la Constitución y la Ley. No obstante, es necesario realizar las siguientes consideraciones adicionales.

3.3.3. La creación de Cargos permanentes

El Acuerdo PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (por medio del cual se crean con carácter permanente; trasladan y transforman unos despachos judiciales y cargos en todo el territorio nacional”) estableció en el artículo 16 y 17 lo siguiente:

ARTÍCULO 16.- Adopción de planta para el modelo de gestión de los tribunales: Adoptar la siguiente planta de personal para los Tribunales Superiores del país: 1. Tribunales de mayor demanda: Un (1) cargo de Magistrado, un (1) cargo de Auxiliar Judicial grado 1 y un (1) cargo de Abogado Asesor grado 23. 2. Tribunales de menor demanda: Un (1) cargo de Magistrado y un (1) cargo de Auxiliar Judicial 1.

ARTÍCULO 17.- Creación de cargos en despachos de magistrado de los Tribunales Superiores: Crear en cada uno de los despachos de magistrado de los Tribunales Superiores que se enuncian a continuación los siguientes cargos: a. Tribunales Superiores de Antioquia, Barranquilla, Bogotá, Bucaramanga, Buga, Cali, Cartagena, Cúcuta, Cundinamarca, Ibagué, Manizales, Medellín, Neiva, Pereira, Popayán y Villavicencio, excepto en los despachos de Magistrado de la Sala de Justicia y Paz: Un (1) cargo de Abogado Asesor grado 23. b. En el Despacho No. 30 (según SIERJU), de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá un (1) cargo de Auxiliar Judicial 1.

Es claro entonces que el Consejo Superior de la Judicatura creó, de manera permanente, el cargo que denominó “Abogado Asesor Grado 23”.

3.3.4. El concepto de salario

La Constitución Política de Colombia -artículo 53- facultó al Congreso de la República para expedir el estatuto del trabajo teniendo en cuenta para su creación los siguientes principios mínimos fundamentales:

“Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

(...)

Los convenios internacionales del trabajo, previamente ratificados y aceptados en debida forma, serían parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”. (Negritas por fuera del texto original)

Conforme a lo anterior, los acuerdos, contratos y leyes, no pueden causar perjuicios o agravios a los derechos de los trabajadores en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. Ello implica que los acuerdos a los que se hayan arribado, no se pueden desconocer en las disposiciones normativas que para tal fin se expidan. En esa misma línea, el Bloque de Constitucionalidad, los tratados y convenios internacionales son aplicables y de obligatorio cumplimiento como parámetro de Constitucionalidad de las actuaciones del Estado, de tal forma que si no se aplican se vulnera el texto mismo de la Carta Política.

Como instrumento internacional aplicable al tema en comento, se encuentra (entre otros) el Convenio sobre la Protección del Salario (Convenio, núm. 95, 1949), adoptado en Ginebra en la 32ª reunión OIT, que tuvo su entrada en vigor el 24 de septiembre de 1952, ratificado por Colombia el 7 de junio de 1963, el cual dispuso:

*“(...) el **término salario** significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”.* (Negrita fuera de texto).

Tratándose de las normas internas que se ocupan del concepto de salario, se encuentra la Ley 50 de 1990. Sobre los elementos del salario y los que no lo son, dispuso:

“Artículo 14. El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: Artículo 127. Elementos integrantes. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie **como**

contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Artículo 15. El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: Artículo 128. Pagos que no constituyen salario. **No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador**, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedente de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.” (Destacado fuera del texto).

Nuevamente es necesario resaltar el significado de lo que constituye salario, en especial cuando se establece que constituye por tal aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio y no aquellas que recibe ocasionalmente y por mera liberalidad del empleador.

La Corte Constitucional en sentencia del 16 de noviembre de 1995, mediante la cual resolvió la demanda en contra de algunos apartes de los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990, en relación a la noción de salario expuso³:

“(…) Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales (…).” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

A su turno, el Consejo de Estado, Sección Cuarta en sentencia con radicación: 760012331000201101867-01 (21519) del 17 de marzo de 2016 se pronunció respecto al concepto de salario así:

“(…) Así pues, constituye salario, en general, toda suma que remunere el servicio prestado por el trabajador y no hacen parte de este, (i) los pagos

³ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-521 de 1995.

ocasionales y que por mera liberalidad efectúa el empleador, como bonificaciones; (ii) los pagos para el buen desempeño de las funciones a cargo del trabajador, como el auxilio de transporte; (iii) las prestaciones sociales y (iv) los beneficios o bonificaciones habituales u ocasionales de carácter extralegal, si las partes acuerdan que no constituyen salario. A su vez, los factores que no constituyen salario, y, dentro de estos, los beneficios o bonificaciones extralegales que expresamente se acuerden como no salariales, sean ocasionales o habituales, no hacen parte de la base del cálculo de los aportes parafiscales al ICBF. Ello, porque la base de los aportes es la nómina mensual de salarios, es decir, “la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario”, como prevé el artículo 17 de la Ley 21 de 1982. Cabe insistir en que las bonificaciones ocasionales otorgadas por mera liberalidad del empleador no constituyen factor salarial por mandato legal (art 128 C.S.T.), sin que se requiera de acuerdo entre las partes y que, con fundamento en la misma norma y en el artículo 17 de la Ley 344 de 1996, tampoco son salario las bonificaciones o beneficios, -sean ocasionales o habituales-, siempre que sean extralegales y que las partes expresamente acuerden que no hacen parte del salario (...)⁴. (Negritas fuera de texto)

De igual forma, en otro pronunciamiento del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", radicado **2012-00260 (3568-15)** del 02 de febrero de 2017, desarrolló ese mismo concepto, en los siguientes términos:

“(...) Esta corporación⁵ ha hecho la distinción de los conceptos devengar y salario, en tanto no son idénticos, y por ello no se pueden confundir. Devengar, es adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título; mientras que el Salario es la retribución por el servicio prestado y en este sentido, es uno de los posibles objetos del verbo devengar; de donde no todo lo devengado es salario, así como el salario no puede considerarse devengado para todos los efectos, en la medida en que pueden devengarse –causarse- rentas o ingresos a títulos diferentes.

Así las cosas, cuando la ley se refiere expresamente al salario como unidad de medida, todo pago que tenga un propósito retributivo, constituya un ingreso personal del funcionario y sea habitual, tiene naturaleza salarial y debe incluirse en la base de liquidación del derecho pretendido.

En ese orden de ideas, cuando la ley estipula que lo devengado por un funcionario es la unidad de medida de un derecho, la misma ley será la que defina qué ingresos percibidos deben ser imputados en la liquidación del mismo. Igualmente, cuando se refiera al salario debe entenderse que todo pago con carácter retributivo, que constituya un ingreso personal para el trabajador y que sea habitual, tiene tal naturaleza o característica (...)”.

En este contexto, de conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano y la interpretación jurisprudencial que de él han hecho las Altas Cortes, constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos,

⁴ Sentencia de 6 de agosto de 2014, exp. 20030, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011). Radicación número: 50001-23-31-000-2006-00945-01(1854-09).

bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas o comisiones.

Corolario de ello, se advierte la imposibilidad de que el salario pierda su condición de tal, en virtud a disposición unilateral del empleador o por convenio individual o colectivo entre patronos y trabajadores o por el nombre con el que se identifique a la remuneración, pues si existen los elementos constitutivos de salario, esta lo será sin importar el formalismo con el que se denomine la disposición remuneratoria según el principio de primacía de la realidad sobre las formas.

3.3.5. Del derecho a la igualdad en materia laboral

La Corte Constitucional ha expresado que el artículo 53 Superior, además de procurar la protección especial del trabajo en condiciones dignas y justas, desarrolla el principio general de igualdad, inherente al respeto de la dignidad humana, que obliga a dar el mismo trato a todas las personas que se encuentran en idénticas circunstancias.

La igualdad así reconocida se predica entre iguales, admitiéndose de esa forma un trato diverso frente a supuestos de hecho diferentes, los que solo se sustentan constitucionalmente, si en esencia la distinción se funda razonadamente en la existencia de unas circunstancias de hecho realmente disímiles. En ese sentido se pronunció la Corte Constitucional, en la sentencia C-314 de 2004, en la cual precisó:

“De acuerdo con el artículo 13 de la Constitución Política, el principio de igualdad impone la obligación al Estado de ofrecer un mismo trato y protección a todas las personas, sin diferencia de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

“Este principio democrático se expresa con mayor precisión en que mientras no existan razones legítimas para dispensar un trato diferente, el trato desigual está prohibido; lo cual, de entrada, anuncia la salvedad de que el principio de igualdad no proscribe el trato diferenciado, sino que obliga a justificarlo de manera suficiente.

“Tal como lo reconocen la jurisprudencia y la doctrina internacionales, el principio de igualdad constitucional no es el de plena identidad. Alexy afirma que “el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los aspectos”. Los individuos no pueden ser tratados de manera idéntica porque la naturaleza les confiere características diversas. En este orden de ideas, es imperioso que la ley considere las divergencias naturales a fin de hacer del régimen jurídico un sistema coherente con la realidad fáctica. De allí que la doctrina sostenga que no siempre los tratos diferenciados son discriminatorios y acepte que la ley pueda introducir diferencias sustanciales cuando las mismas se encuentran plenamente justificadas.

“Sobre este particular y citando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corporación ha señalado:

13. Según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación; la igualdad sólo se viola si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse según la finalidad y los efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida⁶.

Así, el derecho a la igualdad en materia salarial proscribire todo trato diferenciado que no tenga justificación real en circunstancias de hecho materialmente diversas y, *a contrario sensu*, la existencia de particulares condiciones que hacen disímiles las situaciones presentadas entre los sujetos destinatarios de la norma, ameritan un trato diferente que de esa forma resulta constitucionalmente admisible.

Entonces, la igualdad no implica el establecimiento de una equiparación matemática de la remuneración de los empleados, dado que tal principio es *“objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos”*.

3.3.6. Del cargo de abogado asesor de tribunal judicial y grado 23

Desde la expedición del Decreto 57 de 1993, el artículo 3o numeral 2o contempló como cargo nominado para “Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura” el cargo de Abogado Asesor y en el artículo 4o la remuneración subsidiaria y excluyente para los empleos que no estaban consagrados en el citado artículo 3o, igualmente, estableció una escala salarial del grado 01 a 33; el artículo 11 prescribió que “La incorporación del personal a los cargos con diferentes grados establecidos en el artículo 3o se hará con base en los requisitos y condiciones establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura”.

Conforme a la regulación anual que se hace frente a los decretos de asignación salarial, para el año 2011 se expidió el Decreto 1039, aplicable a los acogidos y a quienes se vincularon con posterioridad a la expedición de los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995, es decir, el régimen de acogidos.

El artículo 4 *ibídem*, previó la remuneración mensual de los empleos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a partir del 1o de enero de 2011; para los empleos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos

⁶ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-422 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Seccionales de la Judicatura, en relación con el cargo de Abogado Asesor, estableció en especial:

*ARTÍCULO 4. A partir del 1o de enero de 2012, la remuneración mensual de los empleos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar será la siguiente:
(...)*

1. Para los siguientes empleos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura:

<i>Denominación del cargo</i>	<i>Remuneración mensual</i>
<i>(...)</i>	<i>(...)</i>
<i>Abogado asesor</i>	<i>\$ 5.140.170</i>

Asimismo, el artículo 6 de la norma citada prescribió que:

ARTÍCULO 6. La remuneración mensual para los empleos de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, se regirá por la siguiente escala:

REMUNERACIÓN MENSUAL	GRADO	REMUNERACIÓN MENSUAL	GRADO	REMUNERACIÓN MENSUAL
542.694	12	2.004.884	23	3.845.934
613.957	13	2.137.918	24	3.991.118
731.575	14	2.267.680	25	4.128.891
864.957	15	2.417.911	26	4.270.844
994.775	16	2.563.488	27	4.334.394
1.157.200	17	2.684.026	28	4.473.006
1.265.271	18	2.831.098	29	4.610.325
1.398.320	19	3.122.359	30	4.745.804
1.556.990	20	3.419.667	31	4.886.387
1.698.226	21	3.564.026	32	5.022.397
1.853.458	22	3.704.404	33	5.163.405

Así las cosas, se observa que la autoridad competente para ello fijó los salarios de los empleados de la Rama Judicial enlistados en cada uno de los Decretos anuales, en los que dispuso la asignación que correspondería para cada año para el cargo de abogado asesor y como se indicó, dispuso una remuneración subsidiaria aplicable solo para aquellos cargos que no estuvieran contemplados en el referido artículo.

Posteriormente, se expidió el Decreto 874 de 2012, en cuyo artículo 4 dispuso:

ARTÍCULO 4°. A partir del 1° de enero de 2012, la remuneración mensual de los empleos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar será la siguiente:

(...)

2. Para los siguientes empleos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura:

DENOMINACIÓN DEL CARGO	REMUNERACIÓN MENSUAL
Abogado Asesor	5.397.179

Y, en el artículo 6 de la precitada norma, se dispuso:

“ARTÍCULO 6°. La remuneración mensual para los empleos de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, se regirá por la siguiente escala:

GRADO	REMUNERACIÓN MENSUAL	GRADO	REMUNERACIÓN MENSUAL	GRADO	REMUNERACIÓN MENSUAL
1	569.829	12	2.105.129	23	4.038.231

Así, en los Decretos No. 1024 de 2013, 194 de 2014, 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018 y 991 de 2019 dispusieron en su artículo 1 el reajuste porcentual anual de las escalas salariales que regulan la remuneración mensual y asignaciones básicas mensuales de los funcionarios y empleados no solo de la Rama Judicial, sino de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo señaladas en los Decretos 186, 194, 196 y 1239 de 2014.

De tal modo que, tratándose de los cargos de la Rama Judicial expresamente contenidos en el artículo 4 de los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013 y 194 de 2014, entre estos, el de Abogado Asesor de Tribunales Judiciales, de Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, el empleo se encontraba expresamente nominado, y como queda visto las remuneraciones de los cargos existentes fueron reajustadas porcentualmente, ninguna norma se invoca para concluir que este cargo nominado desapareció.

De manera que resulta contrario a la ley que la remuneración percibida por el demandante, haya sido ajustada por parámetros en los que el Consejo Superior de la Judicatura no podía incidir. Debido a que la existencia del cargo de Abogado Asesor de los Tribunales Superiores y Administrativos, se encontraban fijados en los decretos que regulan la asignación salarial, mismos que no podían ser variados por el Consejo Superior de la Judicatura.

Así las cosas, existe mérito para acceder a la inaplicación de la norma expuesta en la demanda por encontrar que es contraria a las funciones del Consejo Superior de

la Judicatura, así como a los preceptos constitucionales que regulan el tema de la igualdad salarial y el concepto mismo de salario.

Motivos por los cuales se pueden responder afirmativamente los problemas jurídicos uno y dos que fueran expuestos en la primera parte de esta providencia.

3.4. Análisis del caso concreto

En el caso concreto se ha solicitado inaplicar el Acuerdo PSAA15-10402 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en lo referente a la expresión grado 23 para el cargo de abogado asesor de un Tribunal Judicial.

Igualmente, se pretende la nulidad de la resolución DESAJMAR22-68 del 22 de febrero de 2022 por medio de la cual se negó el reconocimiento de la diferencia salarial y prestacional solicitada por el demandante como consecuencia de su desempeño en el cargo de Abogado Asesor de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Manizales, y del acto ficto o presunto, derivado del silencio administrativo negativo, por el recurso de apelación formulado frente al oficio indicado.

Como consecuencia de lo anterior, la parte demandante pretende se le reconozcan, liquiden y paguen las diferencias salariales entre el cargo de Abogado Asesor Grado 23 y el cargo de Abogado Asesor Nominado de Tribunal Judicial conforme a los Decretos salariales expedidos por el Gobierno Nacional, así como las prestaciones sociales, durante el período de vinculación.

En este punto es preciso traer a colación la sentencia SU -539 de 2012, a través de la cual se indicó:

“La interpretación adecuada de los artículos 256 y 257 del Texto Superior, es aquella según la cual la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ejerce y está sujeta a las funciones administrativas determinadas por la Constitución y la ley, comoquiera que los dos artículos referidos expresamente señalan que le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura el cumplimiento de sus atribuciones y funciones “de acuerdo con la ley” y “con sujeción a la ley”. Así, se entiende que la Sala Administrativa lleva a cabo simplemente “actos operativos o de ejecución” justamente de naturaleza administrativa, a fin de acatar los mandatos superiores y la ley. De esta manera, es posible distinguir las funciones de esa Sala con “las funciones de alta política que en el campo judicial cumple [la Sala Plena] [d]el Consejo Superior de la Judicatura y que podrían señalarse como cuestiones atinentes al supremo gobierno de los asuntos de la Rama Judicial (...)”, “(i) el Consejo Superior de la Judicatura tiene la facultad de reglamentar materias administrativas y funcionales de la administración de justicia; y (ii) en ejercicio de esa facultad (...) no puede ocuparse de asuntos de competencia exclusiva del legislador, en los términos previstos en los artículos 125 y 150-23 de la Constitución, como lo es la clasificación de los cargos de la rama judicial”.

De acuerdo con los extractos jurisprudenciales citados, se concluye que el Constituyente de 1991 delegó en la ley el reparto de las competencias que le son propias a esa entidad, comprendidas y ejercidas de conformidad con su función esencial que es de tipo administrativo consistente en ordenar, disponer y organizar la Rama Judicial. Por lo tanto, resulta claro que el Consejo Superior de la Judicatura de manera alguna puede sobrepasar los límites de la ley, fijando asignaciones salariales, las cuales son propias del legislador.

Frente a este aspecto el Consejo de Estado en sentencia del 16 de abril de 2009⁷, arribó a la conclusión de que el Consejo Superior de la Judicatura incurría en una transgresión a normas superiores cuando de suyo fijaba una remuneración a un cargo cuya denominación se encuentra expresamente establecida en los Decretos Nacionales que regulan el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial, así lo señaló la Alta Corporación:

“Sostiene la parte actora que la actuación del Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa, de señalar grados para el cargo de Oficial Mayor con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo y, como consecuencia de ello, variar la remuneración contemplada en el artículo 3o del Decreto 57 de 1993, resulta ilegal e inconstitucional.

La Sección Segunda ya ha tenido oportunidad de estudiar el mismo cargo frente a otros empleos de la rama jurisdiccional, dentro de los procesos instaurados contra el Consejo Superior de Judicatura, en los cuales igualmente se ha solicitado la nulidad parcial del mismo Acuerdo 05 de 1993. En aquellas oportunidades la Sala ha llegado a la convicción de que el Consejo Superior de la Judicatura no puede variar la remuneración contemplada en el artículo 3o del Decreto 57 de 1993.

Y como en esta ocasión no encuentra ninguna argumentación adicional contundente, por parte de la entidad demanda, para desvirtuar lo decidido en los precedentes que se citan, se permite exponer nuevamente la ratio decidendi, determinante para acceder a las súplicas de la demanda. (...)

Así entonces, como el cargo de Oficial Mayor se encontraba contemplado en el artículo 3o del decreto 57 de 1993, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, carecía de la facultad para determinarle grados y, además, no era competente para fijar su remuneración, pues tal potestad, como se dijo, correspondía al Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4a de 1992 (...). (subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, se puede establecer que el demandante percibió una cifra mensual inferior a la que debieron percibir, debido a que el cargo ocupado -Abogado Asesor Grado 23- no recibía la misma asignación de los mismos cargos bajo la misma denominación, sin que se le hubiese asignado ningún grado, lo anterior conforme a la motivación de los decretos expedidos anualmente en

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", C.P: Luis Rafael Vergara Quintero, dieciséis (16) de abril de dos mil nueve (2009). Radicación nº: 11001-03- 25-000-2006-00055-00(1130-06)

material salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, veamos:

DECRETO	ABOGADO ASESOR DE TRIBUNAL JUDICIAL	ABOGADO ASESOR GRADO 23
1039 de 2011	\$5.140.170	\$3.845.934
874 de 2012	\$5.397.179	\$4.038.231
1024 de 2013	\$5.582.842	\$4.177.147
194 de 2014	\$5.746.978	\$4.299.956
1257 de 2015 (4.66%)	\$6.014.797	\$4.500.333
245 de 2016 (7.77%)	\$6.482.146	\$4.850.008
1013 de 2017 (6.75%)	\$6.919.690	\$5.177.383
337 de 2018 (5.09%)	\$7.271.902	\$5.440.912
991 de 2019 (4.5%)	\$7.599.137	\$5.685.753

Lo anterior, no deja duda en que, al crearse el cargo de abogado asesor, asignándosele el grado 23, demuestra la extralimitación de las funciones del empleador, pues conforme a las facultades entregadas al Consejo Superior de la Judicatura, no existe dentro de estas la de poder realizar asignaciones diferentes a las contempladas por el Gobierno Nacional.

A esta misma conclusión arribó el Tribunal Administrativo de Boyacá (Sala No. 3, en sentencia proferida el 25 de junio de 2020, M.P. Dra Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Exp: 150012333000-2018-00422 – 00), en la que luego de analizar las competencias asignadas al Consejo Superior de la Judicatura y analizar la diferencia en la asignación salarial, para el cargo de abogado asesor refirió:

“En tales condiciones no queda duda que el salario cancelado a la demandante como Abogado Asesor Grado 23 fue menor al previsto para el empleo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial, en consecuencia, deberán pagarse las diferencias correspondientes a título de restablecimiento del derecho, con las implicaciones prestacionales que ello conlleva. Si bien, como lo señaló la entidad demandada en su contestación de demanda, el nombramiento y la posesión determinan el salario, no lo es menos que, cuando al crear el empleo se exceden los cánones legales y constitucionales, aquellos – nombramiento y posesión - no purgan tales vicios; la falta de competencia es uno de los vicios que lleva al traste la decisión, resulta ser el elemento sustancial, fundamental e imprescindible para lograr mantener una decisión estatal en el ordenamiento jurídico. Ese solo vicio amerita su retiro de mundo jurídico.

En concordancia con lo anterior, a la luz de las disposiciones normativas que han quedado examinadas, al Gobierno Nacional le compete fijar la escala salarial de todos los servidores públicos y a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura le corresponde determinar la estructura y planta de personal de la Rama Judicial.

Ahora bien, cabe mencionar que, de acuerdo a la jerarquización de los tribunales judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, referida en los Decretos 1024 de 2013 y 194 de 2014, mediante los cuales se fija por el Gobierno Nacional la escala de remuneración mensual de los empleos de la Rama Judicial, están comprendidos los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Así las cosas, la remuneración correspondiente al cargo de “Abogado Asesor” de “Tribunales Judiciales”, entre ellos el Tribunal Superior de Manizales, sí está prevista en los Decretos 1024 de 2013 y 194 de 2014 y, por lo mismo, no hay que acudir a la norma supletoria, como la prevista en el artículo 6 de estos conjuntos normativos.

El señalamiento de “grado 23”, referente al cargo creado de “Abogado Asesor” en Despacho de Magistrado, sí entraña una disposición sobre la remuneración, en cuanto permite inferir que el cargo creado con la denominación “Abogado Asesor Grado 23” no estaría en el marco del cargo de “Abogado Asesor” de “Tribunales Judiciales”.

Lo anterior pese a que la clasificación creada por el Consejo Superior de la Judicatura se fundó en una norma que fue contemplada en forma residual o supletoria en los artículos 6 de los mentados decretos, para los cargos no señalados en la escala de remuneración.

En consecuencia, le asiste razón a la parte accionante en que su remuneración se vio afectada al catalogarse como “grado 23” el cargo de abogado asesor. En este orden de ideas, se ha desvirtuado la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, motivo por el cual se declarará su nulidad.

También se inaplicará la expresión “Grado 23”, del acuerdo por medio del cual se creó de manera permanente el cargo de abogado asesor en los Tribunales de Distrito Judicial y Tribunales Administrativos.

3.4.1. Del restablecimiento de derecho

Conforme a las consideraciones tratadas, así como en función de las pruebas obrantes en el expediente, se considera que le asiste razón a la parte demandante en solicitar el reajuste de las prestaciones salariales, laborales y sociales de que es titular, en virtud a las diferencias entre el cargo de abogado asesor grado 23 y el cargo de abogado asesor de Tribunal.

Así las cosas, la entidad demandada deberá efectuar la liquidación de las PRESTACIONES SALARIALES, SOCIALES Y LABORALES DEVENGADAS POR EL ACTOR, teniendo en cuenta el cargo de Abogado Asesor de Tribunal durante el tiempo que el demandante se haya desempeñado en el cargo de abogado asesor grado 23.

Igualmente, se deberá tener en cuenta esta misma orden para lo que perciba el actor en el futuro, mientras se desempeñe como abogado asesor. Para lo cual la entidad empleadora hará uso de su sistema de información laboral con el fin de determinar los lapsos de vinculación en ese cargo.

Si sobre las sumas reconocidas no se hubiesen efectuado los descuentos de ley con destino a las entidades de previsión, ellos deberán deducirse.

Todo lo anterior conforme a los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional, durante el tiempo de vinculación en el Tribunal Superior de Manizales, para los siguientes períodos:

El señor Mario Antonio Puello Correa pertenece al régimen acogido, por trabajar para el Tribunal Superior de Manizales, Sala Laboral, en el cargo de abogado asesor 23 desde el 14/07/2020 al 12/11/2020, entre el 27/01/2022 al 31/01/2022 y entre el 02/02/2022 hasta, por lo menos, la fecha de la presentación de la demanda. Por lo cual percibió las prestaciones sociales y laborales atribuidas a dicho cargo (grado 23 y no del cargo abogado asesor innominado). *Hecho documentado en la página 39 a 42 del archivo 04 del expediente digital.*

3.5. En cuanto a las excepciones

Se recuerda que la entidad demandada propuso las excepciones de mérito que denominó: *“Falta de causa para demandar”* y *“legalidad de los actos administrativos”*.

Con sujeción a los argumentos planteados a la largo de la presente providencia, se declararán no probadas los anteriores medios defensa.

3.6. Sobre la prescripción

De oficio, se realizó el análisis de la prescripción y se encontró lo siguiente:

El demandante formuló sus pretensiones ante la entidad el **15 de febrero de 2022**. La demanda se presentó el 22 de agosto de 2022 y su vinculación como Abogado

Asesor comenzó desde el **14 de julio de 2020**. Motivo por el cual NO se configuró la prescripción trienal.

3.7. La Indexación de las sumas reconocidas

Las sumas serán canceladas en los términos fijados por el art. 192 del CPACA, las que serán debidamente INDEXADAS conforme al ART. 187 del CPACA, es decir, actualizados mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula siguiente:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

Donde el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de pagar al demandante por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia por el índice inicial existente a la fecha de exigibilidad de la respectiva obligación, fecha a partir de la cual debió empezar a devengar sus prestaciones sociales y salariales con el monto salarial fijado para los abogados asesores de tribunal.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales.

La accionada emitirá una resolución en la que liquide los reajustes y los descuentos de ley y demás operaciones, o compensaciones contables a que haya lugar, conforme a lo anteriormente expuesto.

3.8. Sobre la condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 20280 de 2021, toda vez que la contestación de la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

IV. DECISIÓN

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES denominadas “*Falta de causa para demandar*” y “*legalidad de los actos administrativos*” propuestas por La Nación- Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

SEGUNDO: ACCEDER a las pretensiones en el proceso que, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentó el señor MARIO ANTONIO PUELLO CORREA en contra de la Rama Judicial-Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial-.

TERCERO: INAPLICAR por inconstitucional la expresión “**grado 23**” contenida en el artículo 16 del Acuerdo PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015, y demás normas concordantes, complementarias o afines, por medio de la cual se crearon, con carácter permanente, se trasladan y transforman despachos judiciales y cargos en todo el territorio nacional.

CUARTO: DECLARAR LA NULIDAD de la resolución DESAJMAR22-68 del 22 de febrero de 2022, en lo referente al reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones salariales, sociales y laborales con base en lo percibido por un abogado asesor grado 23 del Tribunal Superior de Manizales. En este mismo sentido se declara la nulidad del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo frente al recurso interpuesto por la parte actora.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, **SE ORDENA** a la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**, reconocer, reliquidar y pagar las prestaciones salariales, sociales y laborales percibidas por el demandante atendiendo a la asignación salarial prevista en la ley para un abogado asesor de tribunal judicial, de acuerdo a la siguiente información:

Al señor Mario Antonio Puello Correa desde el **14 de julio de 2020** (Fecha de vinculación), por los períodos en los que se ha desempeñado como abogado asesor grado 23 y hasta que dure su vinculación en esa categoría de empleo.

Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizados mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer esos ajustes.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales.

SEXTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

SÉPTIMO: Por lo brevemente expuesto en la parte motiva de esta sentencia no se condena en costas.

OCTAVO: EJECUTORIADA la providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI. Desde ahora se ordena la expedición de las copias que soliciten las partes, conforme a lo previsto en el artículo 114 del CGP.

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: **3ac69170ce1f3dba93261987da1108368f153e36410bc4da2354d45358081f04**

Documento generado en 22/09/2023 07:25:18 AM

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, veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2022-00395-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	MIGUEL ÁNGEL GONZÁLEZ VÉLEZ
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
SENTENCIA N°:	217
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE 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 28 de octubre de 2021, frente a la petición presentada ante el DEPARTAMENTO DE CALDAS, el día 28 de julio 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 SECRETARIA DE EDUCACIÓN- DEPARTAMENTO DE CALDAS**, 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 SECRETARIA DE EDUCACIÓN- DEPARTAMENTO DE CALDAS**, 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.

2. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial SECRETARIA DE EDUCACIÓN- DEPARTAMENTO DE CALDAS** 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.

3. Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial SECRETARIA DE EDUCACIÓN- DEPARTAMENTO DE CALDAS**, 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 SECRETARIA DE EDUCACIÓN- DEPARTAMENTO DE CALDAS 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 SECRETARIA DE EDUCACIÓN- DEPARTAMENTO DE CALDAS, 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 SECRETARIA DE EDUCACIÓN- DEPARTAMENTO DE CALDAS 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 Municipio de Manizales- 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 el 28 de julio de 2021, petición que configuró el acto ficto que negó la solicitud el 28 de octubre de 2021. *Hecho documentado en las páginas 2 a 6 del archivo “02AnexosDemanda.pdf” del expediente.*

2. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$5.545.177 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 17-18 archivo “02AnexosDemanda” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad del acto administrativo ficto mencionado a través del cual 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 de la parte 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.

Y respecto de la aplicación del artículo 1o de la Ley 52 de 1975 indicó:

1. Esta norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al FOMAG quienes tiene norma especial, y se les aplica para el pago de los intereses a las cesantías el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

2. 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 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.

3. Existe una imposibilidad operativa de que exista sanción mora 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.

4. Los empleadores de los docentes afiliados al FOMAG son las entidades territoriales de conformidad con las normas citadas anteriormente, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de “empleador”, existiendo falta de legitimación en la causa por pasiva.

5. Las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” debido a que los recursos ya se encuentran en el Fondo.

6. De aplicar a los docentes afiliados al FOMAG la Ley 52 de 1975, se desmejorarían sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías” debido a que las condiciones dadas por su régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general, debido a que la liquidación de intereses para los docentes afiliados al FOMAG se realiza sobre el total del saldo acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

7. Respecto a la posibilidad del trabajador de escoger el fondo de cesantías que en la norma en cita se describe como “que el mismo elija”, es un hecho de imposible

aplicación porque todos los docentes oficiales por norma especial deben ser afiliados al FOMAG, por lo tanto, no hay escogencia de fondo por parte de los docentes.

8. Lo pretendido por el demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad de la ley, esto es, 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 le beneficia, infracción prohibida en la ley y la jurisprudencia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, “falta de legitimación en la causa por pasiva de las entidades que represento, para asumir pagos de cesantías e interés de cesantías cuando las mismas son reportadas por la entidad territorial extemporáneamente”, “inexistencia de la obligación”, “inexistencia del deber de la nación – mineducación – fomag, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”, “imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa “liquidación de la cesantía”, realizada por el ente territorial, con la de “consignación de la cesantía”, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990, “régimen especial docente, no resulta per se violatorio del derecho a la igualdad,” “imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”, “procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, “técnica de distinción (distinguishing) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares”, “no procedencia de la condena en costas” y “excepción genérica”.*

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.

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 017AlegatosDemandante.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.

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 *016AlegatosFomag.pdf*):

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 y agrega que las sentencias aportadas como precedente, sobre las que se basa la solicitud, distan diametralmente fáctica y jurídicamente de lo acaecido en el caso concreto.

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. Problema jurídico

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 la entidad demandada para su defensa.

3.3. Estudio normativo y jurisprudencial

3.3.1. 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, así mismo, como una garantía irrenunciable de todo empleado.⁶

3.3.2. 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...*

3.3.3. 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 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.

3.3.4. 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.

3.3.5. 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 Municipio de Manizales 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.

Del mismo modo, la reciente providencia proferida por el H. Consejo de Estado en sede constitucional de tutela⁹ que amparó los derechos fundamentales de la accionante y ordenó al Tribunal Administrativo del Quindío proferir una nueva providencia en un proceso donde se ventila un asunto similar al del presente proceso, tampoco constituye un precedente judicial de aplicación inmediata en tanto lo que indica es que existen unos lineamientos generales por parte de la Corporación que aunados a la reglamentación legal llevan a la conclusión según la cual a los docentes les es aplicable la Ley 50 de 1990 y evidentemente no se dicta en desarrollo de su función unificadora. Veamos:

“(…)

Es importante señalar que dada la connotación de servidor público, que se reconoció en la referida sentencia de unificación, al docente oficial, aunado al hecho de que la actora pertenecía al régimen anualizado de cesantías, resultaba pertinente que la autoridad judicial accionada realizara un análisis

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B. Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023). Radicación número: 11001-03-15-000-2023-00965-00.

sistemático del ordenamiento jurídico, para advertir que, además de las disposiciones de la Ley 91 de 1989, también se le aplicaban otras normas posteriores en materia de cesantías y/o sanción moratoria, tales como Ley 50 de 1990, Ley 244 de 1995, Ley 1071 de 2006, Ley 344 de 1996 entre otras; teniendo en cuenta que este último tema no se encuentra plenamente regulado en la normativa especial de los educadores.

En este orden de ideas es claro que en la providencia cuestionada no se efectuó un análisis de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado en materia de reconocimiento de la sanción moratoria para el sector docente, circunstancia que conlleva al desconocimiento del precedente judicial, en tanto que la decisión adoptada mediante providencia del 9 de febrero de 2023, se apartó de los pronunciamientos que resultaban aplicables al caso bajo estudio, sin tener en cuenta que es un deber del juez exponer con suficiencia las razones fácticas y jurídicas por las cuales se parta (sic) o decide no acoger un determinado criterio jurisprudencial.

(...)”

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*, pues evidentemente es un tema que en el momento no es pacífico en la jurisdicción, 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.

3.3.6. 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.

3.3.7. 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.

3.4. El caso concreto

3.4.1. 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 \$5.407.4844 (fl. 17 004AnexosDemanda.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989¹⁰ 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

¹⁰ **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.(...)

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.

3.4.2. 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 esta directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$640.006, 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.

3.4.3. La interpretación del superior jerárquico es conteste con lo aquí decidido

Auscultadas las decisiones proferidas por el Tribunal Administrativo de Caldas se observa que, en providencias de dos de sus salas, las decisiones han ido orientadas a confirmar las decisiones de primera instancia de otros despachos judiciales que negaran las pretensiones deprecadas:

- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS. SALA TERCERA DE DECISIÓN. MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS. Manizales, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023). Radicado: 17001-33-33-004-2022-00164-02:

“La demandante no tiene derecho al 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, ni a 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 1176 de 1991, por cuanto, la demandante es docente afiliada al Fomag desde 2009, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses

del año 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellos. Tampoco hay lugar a aplicar las normas señaladas por la demandante con fundamento en el principio de favorabilidad”.

- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS. SALA PRIMERA DE DECISIÓN MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES Manizales, primero (01) de junio de dos mil veintitrés (2023). Radicado 17001-33-39-004-2022-00035-02:

“El demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a 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 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998. En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por el demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.”

3.5. Conclusión

En este orden de ideas se declararán probadas las excepciones de *“inexistencia de la obligación”, “inexistencia del deber de la nación – mineducación – fomag, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”, “imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa “liquidación de la cesantía”, realizada por el ente territorial, con la de “consignación de la cesantía”, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990, “régimen especial docente, no resulta per se violatorio del derecho a la igualdad,” “imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”, “procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, “técnica de distinción (distinguishing) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares.*

3.6. 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 PROBADAS las excepciones denominadas *“inexistencia de la obligación”, “inexistencia del deber de la nación – mineducación – fomag, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”, “imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa “liquidación de la cesantía”, realizada por el ente territorial, con la de “consignación de la cesantía”, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990, “régimen especial docente, no resulta per se violatorio del derecho a la igualdad,” “imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”, “procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, “técnica de distinción (distinguishing) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares”,* propuestas por la entidad demandada.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por el señor **MIGUEL ÁNGEL GONZÁLEZ VÉLEZ** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

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

CUARTO: 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: **6cb8143267811b8ee217c3fdea2f45b1b27d45ed9edac5914261ee27c296b316**

Documento generado en 22/09/2023 03:35:35 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, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO:	17001 33 33 001 2023 00021 00
MEDIO DE CONTROL:	EJECUTIVO
DEMANDANTE:	INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE MANIZALES -INFIMANIZALES-
DEMANDADO:	STEPHANIA HOYOS AGUDELO
ASUNTO:	TERMINA PROCESO POR PAGO
AUTO:	1422
ESTADO:	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

I. ASUNTO

El Despacho procede a resolver la solicitud formulada por INFIMANIZALES en el sentido de ordenar la terminación del proceso de la referencia por pago total de la obligación.

II. CONSIDERACIONES

El apoderado judicial de la parte demandante, mediante memorial allegado el 18 de septiembre de 2023, obrante en la página 2 del archivo 14 del expediente digital, solicitó al Despacho la terminación del proceso ejecutivo de la referencia, debido a la cancelación total de la deuda.

En este proceso se recuerda que el Juzgado libró mandamiento de pago en contra de la señora Stephania Hoyos Agudelo mediante proveído del 08 de febrero de la presente anualidad ordenando a pagar, en favor INFIMANIZALES, la suma de \$1.120.995, por concepto de cánones de arrendamiento adeudados e intereses.

De la revisión del expediente virtual se avizora que el auto que libró mandamiento de pago fue notificado a las partes y se negaron las medidas cautelares solicitadas (archivo 08 del expediente).

Ahora bien, sobre la terminación del proceso ejecutivo por pago, el artículo 461 del Código General del Proceso prescribe lo siguiente:

“ARTÍCULO 461. TERMINACIÓN DEL PROCESO POR PAGO. Si antes de iniciada la audiencia de remate, se presentare escrito proveniente del ejecutante o de su apoderado con facultad para recibir, que acredite el pago de la obligación demandada y las costas, el juez declarará terminado el proceso y dispondrá la cancelación de los embargos y secuestros, si no estuviere embargado el remanente.

Si existieren liquidaciones en firme del crédito y de las costas, y el ejecutado presenta la liquidación adicional a que hubiere lugar, acompañada del título de consignación de dichos valores a órdenes del juzgado, el juez declarará terminado el proceso una vez sea aprobada aquella, y dispondrá la cancelación de los embargos y secuestros, si no estuviere embargado el remanente.

Cuando se trate de ejecuciones por sumas de dinero, y no existan liquidaciones del crédito y de las costas, podrá el ejecutado presentarlas con el objeto de pagar su importe, acompañadas del título de su consignación a órdenes del juzgado, con especificación de la tasa de interés o de cambio, según el caso. Sin que se suspenda el trámite del proceso, se dará traslado de ella al ejecutante por tres (3) días como dispone el artículo 110; objetada o no, el juez la aprobará cuando la encuentre ajustada a la ley.

Cuando haya lugar a aumentar el valor de las liquidaciones, si dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del auto que las apruebe no se hubiere presentado el título de consignación adicional a órdenes del juzgado, el juez dispondrá por auto que no tiene recursos, continuar la ejecución por el saldo y entregar al ejecutante las sumas depositadas como abono a su crédito y las costas. Si la consignación se hace oportunamente el juez declarará terminado el proceso y dispondrá la cancelación de los embargos y secuestros, si no estuviere embargado el remanente.

Con todo, continuará tramitándose la rendición de cuentas por el secuestro si estuviere pendiente, o se ordenará rendirlas si no hubieren sido presentadas.”

Considerando que, en el presente caso, el abogado de la parte actora tiene amplias facultades para la defensa de los intereses de la entidad pública, de acuerdo al poder visible en las páginas 1 a 4 del archivo 04 del expediente digital, y que no existe impedimento legal para proceder de conformidad, se dispone la terminación del proceso por pago total de la obligación reclamada. Se recuerda que la norma transcrita establece que el juez declarará terminado el proceso si se presentare escrito proveniente del ejecutante o su apoderado, situación que está plenamente acreditada en el plenario.

Finalmente, se archivará el proceso de la referencia por no existir ninguna otra actuación por adelantar.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES,

RESUELVE:

PRIMERO: TERMINAR POR PAGO TOTAL DE LA OBLIGACIÓN el presente proceso ejecutivo adelantado por el INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE MANIZALES -INFIMANIZALES- en contra de la señora **STEPHANIA HOYOS AGUDELO**, en consideración a las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ARCHIVAR las presentes diligencias previas las anotaciones en el Programa 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: **bac15bb07f9efa8d9accd1e35d3481cabeb2dad350383112f012944331ab9605**
Documento generado en 22/09/2023 07:25:20 AM

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, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2023-00023-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	MARÌA STELLA QUINTERO HERRERA
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	218
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE 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 **28 de octubre de 2021**, frente a la petición presentada ante el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, el día **28 de julio 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 **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.

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 **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.

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 el 28 de julio de 2021, petición que configuró el acto ficto que negó la solicitud el 28 de octubre de 2021. *Hecho documentado en las páginas 1 a 5 del archivo “04AnexosDemanda.pdf” del expediente.*

2. 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 16-17 archivo “04AnexosDemanda.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad del acto administrativo ficto mencionado a través del cual 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 *05ContestacionDemandaDeptoCaldas.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 019AlegatosDemandante.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.

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 13AlegatosFomag.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 y agrega que las sentencias aportadas como precedente, sobre las que se basa la solicitud, distan diametralmente fáctica y jurídicamente de lo acaecido en el caso concreto.

2.5.3. Departamento de Caldas: No presentó alegaciones, según constancia secretarial que antecede.

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. Problemas Jurídico

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 propuso como excepción la “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, señalando frente a la misma 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 sí 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.
[...]

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, así mismo, 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.*

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

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.*

⁷ Sentencia Su- 041 de 2020

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 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.

3.4.4. 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.

3.4.5. 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.

Del mismo modo, la reciente providencia proferida por el H. Consejo de Estado en sede constitucional de tutela⁹ que amparó los derechos fundamentales de la accionante y ordenó al Tribunal Administrativo del Quindío proferir una nueva providencia en un proceso donde se ventila un asunto similar al del presente proceso, tampoco constituye un precedente judicial de aplicación inmediata en tanto lo que indica es que existen unos lineamientos generales por parte de la Corporación que aunados a la reglamentación legal llevan a la conclusión según la cual a los docentes les es aplicable la Ley 50 de 1990 y evidentemente no se dicta en desarrollo de su función unificadora. Veamos:

“(…)

Es importante señalar que dada la connotación de servidor público, que se reconoció en la referida sentencia de unificación, al docente oficial, aunado al hecho de que la actora pertenecía al régimen anualizado de cesantías, resultaba pertinente que la autoridad judicial accionada realizara un análisis

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B. Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023). Radicación número: 11001-03-15-000-2023-00965-00.

sistemático del ordenamiento jurídico, para advertir que, además de las disposiciones de la Ley 91 de 1989, también se le aplicaban otras normas posteriores en materia de cesantías y/o sanción moratoria, tales como Ley 50 de 1990, Ley 244 de 1995, Ley 1071 de 2006, Ley 344 de 1996 entre otras; teniendo en cuenta que este último tema no se encuentra plenamente regulado en la normativa especial de los educadores.

En este orden de ideas es claro que en la providencia cuestionada no se efectuó un análisis de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado en materia de reconocimiento de la sanción moratoria para el sector docente, circunstancia que conlleva al desconocimiento del precedente judicial, en tanto que la decisión adoptada mediante providencia del 9 de febrero de 2023, se apartó de los pronunciamientos que resultaban aplicables al caso bajo estudio, sin tener en cuenta que es un deber del juez exponer con suficiencia las razones fácticas y jurídicas por las cuales se parta (sic) o decide no acoger un determinado criterio jurisprudencial.

(...)”

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*, pues evidentemente es un tema que en el momento no es pacífico en la jurisdicción, 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.

3.4.6. 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.

3.4.7. 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 1999 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$5.096.649 (fls. 16-17 004AnexosDemanda.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989¹⁰ 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

¹⁰ **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.(...)

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 esta directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$1.583.951, 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 52 de 1975, no su forma de liquidación. Razón suficiente para no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

3.5.3. La interpretación del superior jerárquico es conteste con lo aquí decidido

Auscultadas las decisiones proferidas por el Tribunal Administrativo de Caldas se observa que, en providencias de dos de sus salas, las decisiones han ido orientadas a confirmar las decisiones de primera instancia de otros despachos judiciales que negaran las pretensiones deprecadas:

- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS. SALA TERCERA DE DECISIÓN. MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS. Manizales, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023). Radicado: 17001-33-33-004-2022-00164-02:

“La demandante no tiene derecho al 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, ni a 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 1176 de 1991, por cuanto, la demandante es docente afiliada al Fomag desde 2009, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses

del año 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellos. Tampoco hay lugar a aplicar las normas señaladas por la demandante con fundamento en el principio de favorabilidad”.

- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS. SALA PRIMERA DE DECISIÓN MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES Manizales, primero (01) de junio de dos mil veintitrés (2023). Radicado 17001-33-39-004-2022-00035-02:

“El demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a 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 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998. En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por el demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.”

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY*”, 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 tanto 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 **MARÍA ESTELLA QUINTERO HERRERA** 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 ISOLINA GENTIL MANTILLA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.091.660.314 y tarjeta profesional No. 239.773 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 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: **8ad3a2bb1b8b8e2ccc088af2f034bfd4d6aff067c01969d6b8c193da6328d6eb**

Documento generado en 22/09/2023 03:35:36 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, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2023-00026-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	JOSÉ RAFAEL BAUTISTA LONDOÑO
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	219
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE 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 **05 de noviembre de 2021**, frente a la petición presentada ante el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, el día **05 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 **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.*

*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 **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.*

*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 el 05 de agosto de 2021, petición que configuró el acto ficto que negó la solicitud el 05 de noviembre de 2021. *Hecho documentado en las páginas 1 a 7 del archivo "02AnexosDemanda.pdf" del expediente.*

2. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$2.689.117 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 18 archivo “02AnexosDemanda.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad del acto administrativo ficto mencionado a través del cual 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 de la parte 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.

Y respecto de la aplicación del artículo 1o de la Ley 52 de 1975 indicó:

1. Esta norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al FOMAG quienes tiene norma especial, y se les aplica para el pago de los intereses a las cesantías el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

2. 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 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.

3. Existe una imposibilidad operativa de que exista sanción mora 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.

4. Los empleadores de los docentes afiliados al FOMAG son las entidades territoriales de conformidad con las normas citadas anteriormente, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de “empleador”, existiendo falta de legitimación en la causa por pasiva.

5. Las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” debido a que los recursos ya se encuentran en el Fondo.

6. De aplicar a los docentes afiliados al FOMAG la Ley 52 de 1975, se desmejorarían sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías” debido a que las condiciones dadas por su régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general, debido a que la liquidación de intereses para los docentes afiliados al FOMAG se realiza sobre el total del saldo acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

7. Respecto a la posibilidad del trabajador de escoger el fondo de cesantías que en la norma en cita se describe como “que el mismo elija”, es un hecho de imposible aplicación porque todos los docentes oficiales por norma especial deben ser afiliados al FOMAG, por lo tanto, no hay escogencia de fondo por parte de los docentes.

8. Lo pretendido por el demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad de la ley, esto es, 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 le beneficia, infracción prohibida en la ley y la jurisprudencia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”, “*inexistencia de la obligación*”, “*caducidad*”, “*procedencia de la condena en costas en contra del demandante*” y “*excepción genérica*”.

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.

2.3.2. Por su parte, el **Departamento de Caldas** (archivo 008ContestacionDemandaDeptoCaldas.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.

Propuso 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 018AlegatosDemandante.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.

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 019AlegatosFomag.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 y agrega que las sentencias aportadas como precedente, sobre las que se basa la solicitud, distan diametralmente fáctica y jurídicamente de lo acaecido en el caso concreto.

2.5.3. El Departamento de Caldas no hizo uso de esta etapa procesal, según constancia secretarial que antecede.

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. Problema jurídico

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 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.

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, 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 sí 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

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;

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, así mismo, 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

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

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 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.

3.4.4. 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.

3.4.5. 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 Municipio de Manizales 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.

Del mismo modo, la reciente providencia proferida por el H. Consejo de Estado en sede constitucional de tutela⁹ que amparó los derechos fundamentales de la accionante y ordenó al Tribunal Administrativo del Quindío proferir una nueva providencia en un proceso donde se ventila un asunto similar al del presente proceso, tampoco constituye un precedente judicial de aplicación inmediata en tanto lo que indica es que existen unos lineamientos generales por parte de la Corporación que aunados a la reglamentación legal llevan a la conclusión según la cual a los docentes les es aplicable la Ley 50 de 1990 y evidentemente no se dicta en desarrollo de su función unificadora. Veamos:

“(…)

Es importante señalar que dada la connotación de servidor público, que se reconoció en la referida sentencia de unificación, al docente oficial, aunado al hecho de que la actora pertenecía al régimen anualizado de cesantías, resultaba pertinente que la autoridad judicial accionada realizara un análisis sistemático del ordenamiento jurídico, para advertir que, además de las disposiciones de la Ley 91 de 1989, también se le aplicaban otras normas posteriores en materia de cesantías y/o sanción moratoria, tales como Ley 50 de 1990, Ley 244 de 1995, Ley 1071 de 2006, Ley 344 de 1996 entre otras; teniendo en cuenta que este último tema no se encuentra plenamente regulado en la normativa especial de los educadores.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B. Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023). Radicación número: 11001-03-15-000-2023-00965-00.

En este orden de ideas es claro que en la providencia cuestionada no se efectuó un análisis de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado en materia de reconocimiento de la sanción moratoria para el sector docente, circunstancia que conlleva al desconocimiento del precedente judicial, en tanto que la decisión adoptada mediante providencia del 9 de febrero de 2023, se apartó de los pronunciamientos que resultaban aplicables al caso bajo estudio, sin tener en cuenta que es un deber del juez exponer con suficiencia las razones fácticas y jurídicas por las cuales se parta (sic) o decide no acoger un determinado criterio jurisprudencial.

(...)”

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*, pues evidentemente es un tema que en el momento no es pacífico en la jurisdicción, 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.

3.4.6. 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.

3.4.7. 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 \$2.689.117 (fl. 18 004AnexosDemanda.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989¹⁰ 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

¹⁰ **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 \$429.823, 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.

3.5.3. La interpretación del superior jerárquico es conteste con lo aquí decidido

Auscultadas las decisiones proferidas por el Tribunal Administrativo de Caldas se observa que, en providencias de dos de sus salas, las decisiones han ido orientadas a confirmar las decisiones de primera instancia de otros despachos judiciales que negaran las pretensiones deprecadas:

- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS. SALA TERCERA DE DECISIÓN. MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS. Manizales, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023). Radicado: 17001-33-33-004-2022-00164-02:

“La demandante no tiene derecho al 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, ni a 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 1176 de 1991, por cuanto, la demandante es docente afiliada al Fomag desde 2009, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses del año 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que

regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellos. Tampoco hay lugar a aplicar las normas señaladas por la demandante con fundamento en el principio de favorabilidad”.

- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS. SALA PRIMERA DE DECISIÓN MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES Manizales, primero (01) de junio de dos mil veintitrés (2023). Radicado 17001-33-39-004-2022-00035-02:

“El demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a 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 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998. En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por el demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.”

3.6. Conclusión

En este orden de ideas se declarará probada la excepción de “inexistencia de la obligación”, propuesta por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y las de “Buena fe” e “Inexistencia de la obligación”, propuestas 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, por lo que se declarará no próspera la excepción denominada “*PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS EN CONTRA DEL DEMANDANTE*”, propuesta por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

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 y la de “*PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS EN CONTRA DEL DEMANDANTE*” propuesta por la primera entidad, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de “*inexistencia de la obligación*” propuesta por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y las de “*Buena fe*” e “*Inexistencia de la obligación*”, propuestas 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 RAFAEL BAUTISTA LONDOÑO** 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. 676 del 25 de abril de 2023, visible en el archivo “17AlegatosFomag.pdf” del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada LAURA VICTORIA ALZATE RAMÍREZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.094.968.059 y tarjeta profesional No. 342.530 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: **7b1f48d361babca1c168578695d1e391c9be69f2e65275a95cfa8de169178d5a**

Documento generado en 22/09/2023 03:35:37 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, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2023-00027-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	FLORALBA ALZATE ECHEVERRY
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	220
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE 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 **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.

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 **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.

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 el 04 de agosto de 2021, petición que configuró el acto ficto que negó la solicitud el 04 de noviembre de 2021. *Hecho documentado en las páginas 1 a 7 del archivo “02AnexosDemanda.pdf” del expediente.*

2. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$3.839.949 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 18 -19 archivo “02AnexosDemanda” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad del acto administrativo ficto mencionado a través del cual 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 07ContestacionDemandaFomag.pdf), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías de la parte 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.

Y respecto de la aplicación del artículo 1o de la Ley 52 de 1975 indicó:

1. Esta norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al FOMAG quienes tiene norma especial, y se les aplica para el pago de los intereses a las cesantías el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

2. 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 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.

3. Existe una imposibilidad operativa de que exista sanción mora 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.

4. Los empleadores de los docentes afiliados al FOMAG son las entidades territoriales de conformidad con las normas citadas anteriormente, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de “empleador”, existiendo falta de legitimación en la causa por pasiva.

5. Las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” debido a que los recursos ya se encuentran en el Fondo.

6. De aplicar a los docentes afiliados al FOMAG la Ley 52 de 1975, se desmejorarían sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías” debido a que las condiciones dadas por su régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general, debido a que la liquidación de intereses para los docentes afiliados al FOMAG se realiza sobre el total del saldo acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

7. Respecto a la posibilidad del trabajador de escoger el fondo de cesantías que en la norma en cita se describe como “que el mismo elija”, es un hecho de imposible aplicación porque todos los docentes oficiales por norma especial deben ser afiliados al FOMAG, por lo tanto, no hay escogencia de fondo por parte de los docentes.

8. Lo pretendido por el demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad de la ley, esto es, 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 le beneficia, infracción prohibida en la ley y la jurisprudencia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, “falta de legitimación en la causa por pasiva de las entidades que represento, para asumir pagos de cesantías e interés de cesantías cuando las mismas son reportadas por la entidad territorial extemporáneamente”, “inexistencia de la obligación”, “inexistencia del deber de la nación – mineducación – fomag, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”, “imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa “liquidación de la cesantía”, realizada por el ente territorial, con la de “consignación de la cesantía”, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990, “régimen especial docente, no resulta per se violatorio del derecho a la igualdad,” “imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”, “procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, “técnica de distinción (distinguishing) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares”, “no procedencia de la condena en costas” y “excepción genérica”.*

2.3.2. Por su parte, el **Departamento de Caldas** (archivo 008ContestacionDemandaDeptoCaldas.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.

Propuso 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 *020AlegatosDemandante.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.

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 018AlegatosFomag.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 fueron 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 y agrega que las sentencias aportadas como precedente, sobre las que se basa la solicitud, distan diametralmente fáctica y jurídicamente de lo acaecido en el caso concreto.

2.5.3. El Departamento de Caldas no hizo uso de esta etapa procesal, según constancia secretarial que antecede.

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. Problema jurídico

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 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.

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, 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 sí 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, así mismo, 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.

3.4.4. 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.

3.4.5. 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 Municipio de Manizales 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.

Del mismo modo, la reciente providencia proferida por el H. Consejo de Estado en sede constitucional de tutela⁹ que amparó los derechos fundamentales de la accionante y ordenó al Tribunal Administrativo del Quindío proferir una nueva providencia en un proceso donde se ventila un asunto similar al del presente proceso, tampoco constituye un precedente judicial de aplicación inmediata en tanto lo que indica es que existen unos lineamientos generales por parte de la Corporación que aunados a la reglamentación legal llevan a la conclusión según la cual a los docentes les es aplicable la Ley 50 de 1990 y evidentemente no se dicta en desarrollo de su función unificadora. Veamos:

“(…)

Es importante señalar que dada la connotación de servidor público, que se reconoció en la referida sentencia de unificación, al docente oficial, aunado al hecho de que la actora pertenecía al régimen anualizado de cesantías, resultaba pertinente que la autoridad judicial accionada realizara un análisis

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B. Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023). Radicación número: 11001-03-15-000-2023-00965-00.

sistemático del ordenamiento jurídico, para advertir que, además de las disposiciones de la Ley 91 de 1989, también se le aplicaban otras normas posteriores en materia de cesantías y/o sanción moratoria, tales como Ley 50 de 1990, Ley 244 de 1995, Ley 1071 de 2006, Ley 344 de 1996 entre otras; teniendo en cuenta que este último tema no se encuentra plenamente regulado en la normativa especial de los educadores.

En este orden de ideas es claro que en la providencia cuestionada no se efectuó un análisis de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado en materia de reconocimiento de la sanción moratoria para el sector docente, circunstancia que conlleva al desconocimiento del precedente judicial, en tanto que la decisión adoptada mediante providencia del 9 de febrero de 2023, se apartó de los pronunciamientos que resultaban aplicables al caso bajo estudio, sin tener en cuenta que es un deber del juez exponer con suficiencia las razones fácticas y jurídicas por las cuales se parta (sic) o decide no acoger un determinado criterio jurisprudencial.

(...)”

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*, pues evidentemente es un tema que en el momento no es pacífico en la jurisdicción, 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.

3.4.6. 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 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.

3.4.7. 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 2004 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$3.839.949 (fls. 18-19 004AnexosDemanda.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989¹⁰ 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.

¹⁰ **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.(...)

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 \$748.904, 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.

3.5.3. La interpretación del superior jerárquico es conteste con lo aquí decidido

Auscultadas las decisiones proferidas por el Tribunal Administrativo de Caldas se observa que, en providencias de dos de sus salas, las decisiones han ido orientadas a confirmar las decisiones de primera instancia de otros despachos judiciales que negaran las pretensiones deprecadas:

- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS. SALA TERCERA DE DECISIÓN. MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS. Manizales, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023). Radicado: 17001-33-33-004-2022-00164-02:

“La demandante no tiene derecho al 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, ni a 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 1176 de 1991, por cuanto, la demandante es docente afiliada al Fomag desde 2009,

por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses del año 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellos. Tampoco hay lugar a aplicar las normas señaladas por la demandante con fundamento en el principio de favorabilidad”.

- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS. SALA PRIMERA DE DECISIÓN MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES Manizales, primero (01) de junio de dos mil veintitrés (2023). Radicado 17001-33-39-004-2022-00035-02:

“El demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a 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 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998. En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por el demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.”

3.6. Conclusión

En este orden de ideas, se declararán probadas las excepciones de *“inexistencia de la obligación”, “inexistencia del deber de la nación – mineducación – fomag, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”, “imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa “liquidación de la cesantía”, realizada por el ente territorial, con la de “consignación de la cesantía”, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990, “régimen especial docente, no resulta per se violatorio del derecho a la igualdad,” “imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”, “procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, “técnica de distinción (distinguishing) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares”, propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y las de “Buena fe” e “Inexistencia de la obligación”, propuestas 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, por lo que se declarará no próspera la excepción denominada “*PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS EN CONTRA DEL DEMANDANTE*”, propuesta por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

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 y la de “*PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS EN CONTRA DEL DEMANDANTE*” propuesta por la primera entidad, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de “*inexistencia de la obligación*”, “*inexistencia del deber de la nación – mineducación – fomag, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes*”, “*imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa “liquidación de la cesantía”, realizada por el ente territorial, con la de “consignación de la cesantía”, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990, “régimen especial docente, no resulta per se violatorio del derecho a la igualdad,” “imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía*”, “*procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico*”, “*técnica de distinción (distinguishing) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares*” propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y las de “*Buena fe*” e “*Inexistencia de la obligación*”, propuestas 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 **FLORALBA ALZATE ECHEVERRY** 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 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: **fd3a6381803df2c8ca53b0fcf3908c926000102dbfbb64a122077f7858ce7afd**

Documento generado en 22/09/2023 03:35:40 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, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2023-00028-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	GLORIA PATRICIA ROMERO COLORADO
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	221
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE 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 **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.

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 **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.

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 el 04 de agosto de 2021, petición que configuró el acto ficto que negó la solicitud el 04 de noviembre de 2021. *Hecho documentado en las páginas 1 a 6 del archivo "04AnexosDemanda.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 17-18 archivo “04AnexosDemanda.pdf” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad del acto administrativo ficto mencionado a través del cual 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 07ContestacionDemandaFomag.pdf), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías de la demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. 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.

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

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.

2.3.2. Por su parte, el **Departamento de Caldas** (archivo 008ContestacionDemandaDeptoCaldas.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.

Propuso 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 *018AlegatosDemandante.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.

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 019AlegatosFomag.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 y agrega que las sentencias aportadas como precedente, sobre las que se basa la solicitud, distan diametralmente fáctica y jurídicamente de lo acaecido en el caso concreto.

2.5.3. El Departamento de Caldas no hizo uso de esta etapa procesal, según constancia secretarial que antecede.

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. Problema jurídico

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 propuso como excepción la “*Falta de legitimación en la causa por pasiva*”.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** señala frente a la misma 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.

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, 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 sí 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, así mismo, 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.

3.4.4. 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.

3.4.5. 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 Municipio de Manizales 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, 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.

Del mismo modo, la reciente providencia proferida por el H. Consejo de Estado en sede constitucional de tutela⁹ que amparó los derechos fundamentales de la accionante y ordenó al Tribunal Administrativo del Quindío proferir una nueva providencia en un proceso donde se ventila un asunto similar al del presente proceso, tampoco constituye un precedente judicial de aplicación inmediata en tanto lo que indica es que existen unos lineamientos generales por parte de la Corporación que aunados a la reglamentación legal llevan a la conclusión según la cual a los docentes les es aplicable la Ley 50 de 1990 y evidentemente no se dicta en desarrollo de su función unificadora. Veamos:

“(…)

Es importante señalar que dada la connotación de servidor público, que se reconoció en la referida sentencia de unificación, al docente oficial, aunado al hecho de que la actora pertenecía al régimen anualizado de cesantías, resultaba pertinente que la autoridad judicial accionada realizara un análisis sistemático del ordenamiento jurídico, para advertir que, además de las disposiciones de la Ley 91 de 1989, también se le aplicaban otras normas posteriores en materia de cesantías y/o sanción moratoria, tales como Ley 50 de 1990, Ley 244 de 1995, Ley 1071 de 2006, Ley 344 de 1996 entre otras; teniendo en cuenta que este último tema no se encuentra plenamente regulado en la normativa especial de los educadores.

En este orden de ideas es claro que en la providencia cuestionada no se efectuó un análisis de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado en materia de reconocimiento de la sanción moratoria para el sector docente, circunstancia que conlleva al desconocimiento del precedente judicial, en tanto que la decisión adoptada mediante providencia del 9 de febrero de 2023, se apartó de los pronunciamientos que resultaban aplicables al caso bajo estudio, sin tener en cuenta que es un deber del juez exponer con suficiencia las razones fácticas y jurídicas por las cuales se parta (sic) o decide no acoger un determinado criterio jurisprudencial.

(…)”

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*, pues evidentemente es un tema que en el momento no es pacífico en la jurisdicción, lo que implica entonces el análisis de los supuestos fácticos y normativos concretos

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B. Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023). Radicación número: 11001-03-15-000-2023-00965-00.

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.

3.4.6. 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. (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.

3.4.7. 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 \$5.101.415 (fls. 17-18 004AnexosDemanda.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989¹⁰ 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

¹⁰ **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 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 \$520.435, 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.

3.5.3. La interpretación del superior jerárquico es conteste con lo aquí decidido

Auscultadas las decisiones proferidas por el Tribunal Administrativo de Caldas se observa que, en providencias de dos de sus salas, las decisiones han ido orientadas a confirmar las decisiones de primera instancia de otros despachos judiciales que negaran las pretensiones deprecadas:

- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS. SALA TERCERA DE DECISIÓN. MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS. Manizales, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023). Radicado: 17001-33-33-004-2022-00164-02:

“La demandante no tiene derecho al 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, ni a 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 1176 de 1991, por cuanto, la demandante es docente afiliada al Fomag desde 2009, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses del año 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellos. Tampoco hay lugar a aplicar las normas señaladas por la demandante con fundamento en el principio de favorabilidad”.

- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS. SALA PRIMERA DE DECISIÓN MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES Manizales, primero (01) de junio de dos mil veintitrés (2023). Radicado 17001-33-39-004-2022-00035-02:

“El demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a 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 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998. En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por el demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.”

3.6. Conclusión

En este orden de ideas, se declararán probadas las excepciones de “*inexistencia de la obligación*”, propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y las de “*Buena fe*” e “*Inexistencia de la obligación*”, propuestas 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 PROBADAS las excepciones de de “*inexistencia de la obligación*”, propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y las de “*Buena fe*” e “*Inexistencia de la obligación*”, propuestas 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 **GLORIA PATRICIA ROMERO COLORADO** 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: **b6aa0bad4fe5246202ad24c0e740fdb2dffdbd6b5dcd21839aea55ff14e9c51**

Documento generado en 22/09/2023 03:35:42 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, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO:	17001-33-33-001-2023-00032-00
MEDIO DE CONTROL:	PROTECCIÓN A LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
DEMANDANTE:	ENRIQUE ARBELÁEZ MUTIS
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE MANIZALES
VINCULADO:	FABIÁN GALLEGU TAMAYO
AUTO:	1425
ESTADO:	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

Vencido el término de traslado de la demanda es posible proseguir con el trámite del presente medio de control.

Así las cosas, el Despacho procede a fijar fecha y hora para la celebración de la audiencia de pacto de cumplimiento, de conformidad con el art. 27 de la Ley 472 de 1998. Ello, debido a que se encuentran cumplidos los presupuestos procesales para ese fin.

En ese sentido, se cita a audiencia de Pacto de Cumplimiento para el día **DIECIOCHO (18) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) a las DOS DE LA TARDE (02:00 P.M.)**. A la misma deberán comparecer obligatoriamente las partes, quienes se presentarán personalmente y a través de sus representantes legales, so pena de incurrir en las sanciones previstas en la ley.

La audiencia se realizará en modalidad NO PRESENCIAL, a través de comunicación simultánea o sucesiva, utilizando como herramienta tecnológica LIFE SIZE, para lo cual deberán ingresar por el siguiente enlace:

<https://call.lifesizecloud.com/19334918>

Se le recuerda a la autoridad demandada reunir el comité de conciliación para evaluar la posibilidad de presentar una fórmula de acuerdo que ponga fin al litigio.

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: **5bbbd6bfc3dc7eed1e1d9766260fef290ed1b958e52b030378f7d3c294293523**

Documento generado en 22/09/2023 07:25:21 AM

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, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2023-00053-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	JOSÉ ANTONIO GALLEGO BETANCOURT
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	222
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE 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 **28 de octubre de 2021**, frente a la petición presentada ante el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, el día **28 de julio 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 **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.

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 **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.

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 el 28 de julio de 2021, petición que configuró el acto ficto que negó la solicitud el 28 de octubre de 2021. *Hecho documentado en las páginas 1 a 5 del archivo “02AnexosDemanda.pdf” del expediente.*

2. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$2.453.809 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 14 -15 archivo “02AnexosDemanda” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad del acto administrativo ficto mencionado a través del cual 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 de la parte 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.

Y respecto de la aplicación del artículo 1o de la Ley 52 de 1975 indicó:

1. Esta norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al FOMAG quienes tiene norma especial, y se les aplica para el pago de los intereses a las cesantías el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

2. 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 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.

3. Existe una imposibilidad operativa de que exista sanción mora 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.

4. Los empleadores de los docentes afiliados al FOMAG son las entidades territoriales de conformidad con las normas citadas anteriormente, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de “empleador”, existiendo falta de legitimación en la causa por pasiva.

5. Las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” debido a que los recursos ya se encuentran en el Fondo.

6. De aplicar a los docentes afiliados al FOMAG la Ley 52 de 1975, se desmejorarían sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías” debido a que las condiciones dadas por su régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general, debido a que la liquidación de intereses para los docentes afiliados al FOMAG se realiza sobre el total del saldo acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

7. Respecto a la posibilidad del trabajador de escoger el fondo de cesantías que en la norma en cita se describe como “que el mismo elija”, es un hecho de imposible aplicación porque todos los docentes oficiales por norma especial deben ser afiliados al FOMAG, por lo tanto, no hay escogencia de fondo por parte de los docentes.

8. Lo pretendido por el demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad de la ley, esto es, 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 le beneficia, infracción prohibida en la ley y la jurisprudencia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, “falta de legitimación en la causa por pasiva de las entidades que represento, para asumir pagos de cesantías e interés de cesantías cuando las mismas son reportadas por la entidad territorial extemporáneamente”, “inexistencia de la obligación”, “inexistencia del deber de la nación – mineducación – fomag, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”, “imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa “liquidación de la cesantía”, realizada por el ente territorial, con la de “consignación de la cesantía”, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990, “régimen especial docente, no resulta per se violatorio del derecho a la igualdad,” “imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”, “procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, “técnica de distinción (distinguishing) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares”, “no procedencia de la condena en costas” y “excepción genérica”.*

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.

2.3.2. Por su parte, el **Departamento de Caldas** (archivo 008ContestacionDemandaDeptoCaldas.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.

Propuso 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: No se pronunció.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 014AlegatosFomag.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 y agrega que las sentencias aportadas como precedente, sobre las que se basa la solicitud, distan diametralmente fáctica y jurídicamente de lo acaecido en el caso concreto.

2.5.3. El Departamento de Caldas no hizo uso de esta etapa procesal, según constancia secretarial que antecede.

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. Problema jurídico

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 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.

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, 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 sí 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, así mismo, 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.

3.4.4. 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.

3.4.5. 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 Municipio de Manizales 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.

Del mismo modo, la reciente providencia proferida por el H. Consejo de Estado en sede constitucional de tutela⁹ que amparó los derechos fundamentales de la accionante y ordenó al Tribunal Administrativo del Quindío proferir una nueva providencia en un proceso donde se ventila un asunto similar al del presente proceso, tampoco constituye un precedente judicial de aplicación inmediata en tanto lo que indica es que existen unos lineamientos generales por parte de la Corporación que aunados a la reglamentación legal llevan a la conclusión según la cual a los docentes les es aplicable la Ley 50 de 1990 y evidentemente no se dicta en desarrollo de su función unificadora. Veamos:

“(…)

Es importante señalar que dada la connotación de servidor público, que se reconoció en la referida sentencia de unificación, al docente oficial, aunado al hecho de que la actora pertenecía al régimen anualizado de cesantías, resultaba pertinente que la autoridad judicial accionada realizara un análisis

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B. Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023). Radicación número: 11001-03-15-000-2023-00965-00.

sistemático del ordenamiento jurídico, para advertir que, además de las disposiciones de la Ley 91 de 1989, también se le aplicaban otras normas posteriores en materia de cesantías y/o sanción moratoria, tales como Ley 50 de 1990, Ley 244 de 1995, Ley 1071 de 2006, Ley 344 de 1996 entre otras; teniendo en cuenta que este último tema no se encuentra plenamente regulado en la normativa especial de los educadores.

En este orden de ideas es claro que en la providencia cuestionada no se efectuó un análisis de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado en materia de reconocimiento de la sanción moratoria para el sector docente, circunstancia que conlleva al desconocimiento del precedente judicial, en tanto que la decisión adoptada mediante providencia del 9 de febrero de 2023, se apartó de los pronunciamientos que resultaban aplicables al caso bajo estudio, sin tener en cuenta que es un deber del juez exponer con suficiencia las razones fácticas y jurídicas por las cuales se parta (sic) o decide no acoger un determinado criterio jurisprudencial.

(...)”

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*, pues evidentemente es un tema que en el momento no es pacífico en la jurisdicción, 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.

3.4.6. 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. (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.

3.4.7. 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 1990 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$2.453.809 (fls. 14-15 002AnexosDemanda.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989¹⁰ 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

¹⁰ **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.(...)

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 \$1.220.105, 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.

3.5.3. La interpretación del superior jerárquico es conteste con lo aquí decidido

Auscultadas las decisiones proferidas por el Tribunal Administrativo de Caldas se observa que, en providencias de dos de sus salas, las decisiones han ido orientadas a confirmar las decisiones de primera instancia de otros despachos judiciales que negaran las pretensiones deprecadas:

- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS. SALA TERCERA DE DECISIÓN. MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS. Manizales, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023). Radicado: 17001-33-33-004-2022-00164-02:

“La demandante no tiene derecho al 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, ni a 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 1176 de 1991, por cuanto, la demandante es docente afiliada al Fomag desde 2009, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses

del año 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellos. Tampoco hay lugar a aplicar las normas señaladas por la demandante con fundamento en el principio de favorabilidad”.

- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS. SALA PRIMERA DE DECISIÓN MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES Manizales, primero (01) de junio de dos mil veintitrés (2023). Radicado 17001-33-39-004-2022-00035-02:

“El demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a 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 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998. En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por el demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.”

3.6. Conclusión

En este orden de ideas, se declararán probadas las excepciones de *“falta de legitimación en la causa por pasiva de las entidades que represento, para asumir pagos de cesantías e interés de cesantías cuando las mismas son reportadas por la entidad territorial extemporáneamente”, “inexistencia de la obligación”, “inexistencia del deber de la nación – mineducación – fomag, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”, “imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa “liquidación de la cesantía”, realizada por el ente territorial, con la de “consignación de la cesantía”, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990, “régimen especial docente, no resulta per se violatorio del derecho a la igualdad,” “imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”, “procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, “técnica de distinción (distinguishing) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares, propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y las de “Buena fe” e “Inexistencia*

de la obligación”, propuestas 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 el DEPARTAMENTO DE CALDAS como por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de *“inexistencia de la obligación”, “inexistencia del deber de la nación – mineducación – fomag, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”, “imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa “liquidación de la cesantía”, realizada por el ente territorial, con la de “consignación de la cesantía”, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990, “régimen especial docente, no resulta per se violatorio del derecho a la igualdad,” “imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”, “procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, “técnica de distinción (distinguishing) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares*, propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y las de *“Buena fe” e “Inexistencia de la obligación”*, propuestas 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 ANTONIO GALLEGO BETANCOURT** 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: **df040f91379a04670f88300841ea9eabfb73c62c3eab7c3fb64202525830d450**

Documento generado en 22/09/2023 03:35:45 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, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2023-00054-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	ARCELIO RAFAEL ATENCIO OSORIO
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	223
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE 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 **05 de noviembre de 2021**, frente a la petición presentada ante el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, el día **05 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 **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.

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 **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.

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 el 05 de agosto de 2021, petición que configuró el acto ficto que negó la solicitud el 05 de noviembre de 2021. *Hecho documentado en las páginas 1 a 7 del archivo "02AnexosDemanda.pdf" del expediente.*

2. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$5.011.983 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 22 archivo “02AnexosDemanda” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad del acto administrativo ficto mencionado a través del cual 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 de la parte 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.

Y respecto de la aplicación del artículo 1o de la Ley 52 de 1975 indicó:

1. Esta norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al FOMAG quienes tiene norma especial, y se les aplica para el pago de los intereses a las cesantías el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

2. 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 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.

3. Existe una imposibilidad operativa de que exista sanción mora 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.

4. Los empleadores de los docentes afiliados al FOMAG son las entidades territoriales de conformidad con las normas citadas anteriormente, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de “empleador”, existiendo falta de legitimación en la causa por pasiva.

5. Las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” debido a que los recursos ya se encuentran en el Fondo.

6. De aplicar a los docentes afiliados al FOMAG la Ley 52 de 1975, se desmejorarían sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías” debido a que las condiciones dadas por su régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general, debido a que la liquidación de intereses para los docentes afiliados al FOMAG se realiza sobre el total del saldo acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

7. Respecto a la posibilidad del trabajador de escoger el fondo de cesantías que en la norma en cita se describe como “que el mismo elija”, es un hecho de imposible aplicación porque todos los docentes oficiales por norma especial deben ser afiliados al FOMAG, por lo tanto, no hay escogencia de fondo por parte de los docentes.

8. Lo pretendido por el demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad de la ley, esto es, 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 le beneficia, infracción prohibida en la ley y la jurisprudencia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, “falta de legitimación en la causa por pasiva de las entidades que represento, para asumir pagos de cesantías e interés de cesantías cuando las mismas son reportadas por la entidad territorial extemporáneamente”, “inexistencia de la obligación”, “inexistencia del deber de la nación – mineducación – fomag, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”, “imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa “liquidación de la cesantía”, realizada por el ente territorial, con la de “consignación de la cesantía”, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990, “régimen especial docente, no resulta per se violatorio del derecho a la igualdad,” “imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”, “procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, “técnica de distinción (distinguishing) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares”, “no procedencia de la condena en costas” y “excepción genérica”.*

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.

2.3.2. Por su parte, el **Departamento de Caldas** (archivo 008ContestacionDemandaDeptoCaldas.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.

Propuso 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: No se pronunció.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 014AlegatosFomag.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 y agrega que las sentencias aportadas como precedente, sobre las que se basa la solicitud, distan diametralmente fáctica y jurídicamente de lo acaecido en el caso concreto.

2.5.3. El Departamento de Caldas no hizo uso de esta etapa procesal, según constancia secretarial que antecede.

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. Problema jurídico

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 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.

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, 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 sí 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, así mismo, 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 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.

3.4.4. 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.

3.4.5. 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 Municipio de Manizales 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.

Del mismo modo, la reciente providencia proferida por el H. Consejo de Estado en sede constitucional de tutela⁹ que amparó los derechos fundamentales de la accionante y ordenó al Tribunal Administrativo del Quindío proferir una nueva providencia en un proceso donde se ventila un asunto similar al del presente proceso, tampoco constituye un precedente judicial de aplicación inmediata en tanto lo que indica es que existen unos lineamientos generales por parte de la Corporación que aunados a la reglamentación legal llevan a la conclusión según la cual a los docentes les es aplicable la Ley 50 de 1990 y evidentemente no se dicta en desarrollo de su función unificadora. Veamos:

“(…)

Es importante señalar que dada la connotación de servidor público, que se reconoció en la referida sentencia de unificación, al docente oficial, aunado al hecho de que la actora pertenecía al régimen anualizado de cesantías, resultaba pertinente que la autoridad judicial accionada realizara un análisis

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B. Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023). Radicación número: 11001-03-15-000-2023-00965-00.

sistemático del ordenamiento jurídico, para advertir que, además de las disposiciones de la Ley 91 de 1989, también se le aplicaban otras normas posteriores en materia de cesantías y/o sanción moratoria, tales como Ley 50 de 1990, Ley 244 de 1995, Ley 1071 de 2006, Ley 344 de 1996 entre otras; teniendo en cuenta que este último tema no se encuentra plenamente regulado en la normativa especial de los educadores.

En este orden de ideas es claro que en la providencia cuestionada no se efectuó un análisis de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado en materia de reconocimiento de la sanción moratoria para el sector docente, circunstancia que conlleva al desconocimiento del precedente judicial, en tanto que la decisión adoptada mediante providencia del 9 de febrero de 2023, se apartó de los pronunciamientos que resultaban aplicables al caso bajo estudio, sin tener en cuenta que es un deber del juez exponer con suficiencia las razones fácticas y jurídicas por las cuales se parta (sic) o decide no acoger un determinado criterio jurisprudencial.

(...)”

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*, pues evidentemente es un tema que en el momento no es pacífico en la jurisdicción, 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.

3.4.6. 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 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.

3.4.7. 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 2004 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$5.011.983 (fl. 22 002AnexosDemanda.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989¹⁰ 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

¹⁰ **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.(...)

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 \$603.320, 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.

3.5.3. La interpretación del superior jerárquico es conteste con lo aquí decidido

Auscultadas las decisiones proferidas por el Tribunal Administrativo de Caldas se observa que, en providencias de dos de sus salas, las decisiones han ido orientadas a confirmar las decisiones de primera instancia de otros despachos judiciales que negaran las pretensiones deprecadas:

- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS. SALA TERCERA DE DECISIÓN. MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS. Manizales, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023). Radicado: 17001-33-33-004-2022-00164-02:

“La demandante no tiene derecho al 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, ni a 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 1176 de 1991, por cuanto, la demandante es docente afiliada al Fomag desde 2009, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses

del año 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellos. Tampoco hay lugar a aplicar las normas señaladas por la demandante con fundamento en el principio de favorabilidad”.

- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS. SALA PRIMERA DE DECISIÓN MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES Manizales, primero (01) de junio de dos mil veintitrés (2023). Radicado 17001-33-39-004-2022-00035-02:

“El demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a 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 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998. En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por el demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.”

3.6. Conclusión

En este orden de ideas, se declararán probadas las excepciones de *“falta de legitimación en la causa por pasiva de las entidades que represento, para asumir pagos de cesantías e interés de cesantías cuando las mismas son reportadas por la entidad territorial extemporáneamente”, “inexistencia de la obligación”, “inexistencia del deber de la nación – mineducación – fomag, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”, “imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa “liquidación de la cesantía”, realizada por el ente territorial, con la de “consignación de la cesantía”, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990, “régimen especial docente, no resulta per se violatorio del derecho a la igualdad,” “imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”, “procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, “técnica de distinción (distinguishing) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares, propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y las de “Buena fe” e “Inexistencia*

de la obligación”, propuestas 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 el DEPARTAMENTO DE CALDAS como por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de *“inexistencia de la obligación”, “inexistencia del deber de la nación – mineducación – fomag, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”, “imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa “liquidación de la cesantía”, realizada por el ente territorial, con la de “consignación de la cesantía”, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990, “régimen especial docente, no resulta per se violatorio del derecho a la igualdad,” “imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”, “procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, “técnica de distinción (distinguishing) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares*, propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y las de *“Buena fe” e “Inexistencia de la obligación”*, propuestas 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 **ARCELIO RAFAEL ATENCIO OSORIO** 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: **8591a3c007944f38d885f9a7efa4293661a6b5dfea3832636f05a3282b6d1a98**

Documento generado en 22/09/2023 03:35:48 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, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2023-00055-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	LEONEL TAPASCO CALVO
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	224
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE 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 **05 de noviembre de 2021**, frente a la petición presentada ante el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, el día **05 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 *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.

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 *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.

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 el 05 de agosto de 2021, petición que configuró el acto ficto que negó la solicitud el 05 de noviembre de 2021. *Hecho documentado en las páginas 1 a 7 del archivo “02AnexosDemanda.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 18-19 archivo “02AnexosDemanda” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad del acto administrativo ficto mencionado a través del cual 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 de la parte 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.

Y respecto de la aplicación del artículo 1o de la Ley 52 de 1975 indicó:

1. Esta norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al FOMAG quienes tiene norma especial, y se les aplica para el pago de los intereses a las cesantías el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

2. 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 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.

3. Existe una imposibilidad operativa de que exista sanción mora 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.

4. Los empleadores de los docentes afiliados al FOMAG son las entidades territoriales de conformidad con las normas citadas anteriormente, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de “empleador”, existiendo falta de legitimación en la causa por pasiva.

5. Las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” debido a que los recursos ya se encuentran en el Fondo.

6. De aplicar a los docentes afiliados al FOMAG la Ley 52 de 1975, se desmejorarían sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías” debido a que las condiciones dadas por su régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general, debido a que la liquidación de intereses para los docentes afiliados al FOMAG se realiza sobre el total del saldo acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

7. Respecto a la posibilidad del trabajador de escoger el fondo de cesantías que en la norma en cita se describe como “que el mismo elija”, es un hecho de imposible aplicación porque todos los docentes oficiales por norma especial deben ser afiliados al FOMAG, por lo tanto, no hay escogencia de fondo por parte de los docentes.

8. Lo pretendido por el demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad de la ley, esto es, 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 le beneficia, infracción prohibida en la ley y la jurisprudencia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, “falta de legitimación en la causa por pasiva de las entidades que represento, para asumir pagos de cesantías e interés de cesantías cuando las mismas son reportadas por la entidad territorial extemporáneamente”, “inexistencia de la obligación”, “inexistencia del deber de la nación – mineducación – fomag, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”, “imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa “liquidación de la cesantía”, realizada por el ente territorial, con la de “consignación de la cesantía”, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990, “régimen especial docente, no resulta per se violatorio del derecho a la igualdad,” “imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”, “procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, “técnica de distinción (distinguishing) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares”, “no procedencia de la condena en costas” y “excepción genérica”.*

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.

2.3.2. Por su parte, el **Departamento de Caldas** (archivo 008ContestacionDemandaDeptoCaldas.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.

Propuso 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: No se pronunció.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 014AlegatosFomag.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 y agrega que las sentencias aportadas como precedente, sobre las que se basa la solicitud, distan diametralmente fáctica y jurídicamente de lo acaecido en el caso concreto.

2.5.3. El Departamento de Caldas no hizo uso de esta etapa procesal, según constancia secretarial que antecede.

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. Problema jurídico

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 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.

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, 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 sí 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, así mismo, 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 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.

3.4.4. 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

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”

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.

3.4.5. 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 Municipio de Manizales 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.

Del mismo modo, la reciente providencia proferida por el H. Consejo de Estado en sede constitucional de tutela⁹ que amparó los derechos fundamentales de la accionante y ordenó al Tribunal Administrativo del Quindío proferir una nueva providencia en un proceso donde se ventila un asunto similar al del presente proceso, tampoco constituye un precedente judicial de aplicación inmediata en tanto lo que indica es que existen unos lineamientos generales por parte de la Corporación que aunados a la reglamentación legal llevan a la conclusión según la cual a los docentes les es aplicable la Ley 50 de 1990 y evidentemente no se dicta en desarrollo de su función unificadora. Veamos:

“(…)

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B. Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023). Radicación número: 11001-03-15-000-2023-00965-00.

Es importante señalar que dada la connotación de servidor público, que se reconoció en la referida sentencia de unificación, al docente oficial, aunado al hecho de que la actora pertenecía al régimen anualizado de cesantías, resultaba pertinente que la autoridad judicial accionada realizara un análisis sistemático del ordenamiento jurídico, para advertir que, además de las disposiciones de la Ley 91 de 1989, también se le aplicaban otras normas posteriores en materia de cesantías y/o sanción moratoria, tales como Ley 50 de 1990, Ley 244 de 1995, Ley 1071 de 2006, Ley 344 de 1996 entre otras; teniendo en cuenta que este último tema no se encuentra plenamente regulado en la normativa especial de los educadores.

En este orden de ideas es claro que en la providencia cuestionada no se efectuó un análisis de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado en materia de reconocimiento de la sanción moratoria para el sector docente, circunstancia que conlleva al desconocimiento del precedente judicial, en tanto que la decisión adoptada mediante providencia del 9 de febrero de 2023, se apartó de los pronunciamientos que resultaban aplicables al caso bajo estudio, sin tener en cuenta que es un deber del juez exponer con suficiencia las razones fácticas y jurídicas por las cuales se parta (sic) o decide no acoger un determinado criterio jurisprudencial.

(...)”

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*, pues evidentemente es un tema que en el momento no es pacífico en la jurisdicción, 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.

3.4.6. 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. (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.

3.4.7. 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 \$2.655.903 (fls. 18-19 002AnexosDemanda.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989¹⁰ 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

¹⁰ **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 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 \$323.537, 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.

3.5.3. La interpretación del superior jerárquico es conteste con lo aquí decidido

Auscultadas las decisiones proferidas por el Tribunal Administrativo de Caldas se observa que, en providencias de dos de sus salas, las decisiones han ido orientadas a confirmar las decisiones de primera instancia de otros despachos judiciales que negaran las pretensiones deprecadas:

- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS. SALA TERCERA DE DECISIÓN. MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS. Manizales, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023). Radicado: 17001-33-33-004-2022-00164-02:

“La demandante no tiene derecho al 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, ni a 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 1176 de 1991, por cuanto, la demandante es docente afiliada al Fomag desde 2009, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses del año 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellos. Tampoco hay lugar a aplicar las normas señaladas por la demandante con fundamento en el principio de favorabilidad”.

- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS. SALA PRIMERA DE DECISIÓN MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES Manizales, primero (01) de junio de dos mil veintitrés (2023). Radicado 17001-33-39-004-2022-00035-02:

“El demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a 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 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998. En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por el demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.”

3.6. Conclusión

En este orden de ideas, se declararán probadas las excepciones de *“falta de legitimación en la causa por pasiva de las entidades que represento, para asumir pagos de cesantías e interés de cesantías cuando las mismas son reportadas por la entidad territorial extemporáneamente”, “inexistencia de la obligación”,*

“inexistencia del deber de la nación – mineducación – fomag, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”, “imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa “liquidación de la cesantía”, realizada por el ente territorial, con la de “consignación de la cesantía”, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990, “régimen especial docente, no resulta per se violatorio del derecho a la igualdad,” “imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”, “procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, “técnica de distinción (distinguishing) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares, propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y las de “Buena fe” e “Inexistencia de la obligación”, propuestas 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 el DEPARTAMENTO DE CALDAS como por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de *“inexistencia de la obligación”, “inexistencia del deber de la nación – mineducación – fomag, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”, “imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa “liquidación de la cesantía”, realizada por el ente territorial, con la de “consignación de la cesantía”, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990, “régimen especial docente, no resulta per se violatorio del derecho a la igualdad,”*

“imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”, “procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, “técnica de distinción (distinguishing) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares, propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y las de “Buena fe” e “Inexistencia de la obligación”, propuestas 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 **LEONEL TAPASCO CALVO** 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: **fd4db7b9d97eb8d6e7998fa88b92fea6918c976f51a3668bc93b60e43268e25d**

Documento generado en 22/09/2023 03:35:50 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, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN:	170013333001-2023-00056-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	MARÍA DEL ROSARIO ARIAS CASTAÑEDA
DEMANDADOS:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA N°:	225
NOTIFICACIÓN:	ESTADO No. 107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE 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 **12 de noviembre de 2021**, frente a la petición presentada ante el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, el día **12 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 **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.

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 **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.

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 el 12 de agosto de 2021, petición que configuró el acto ficto que negó la solicitud el 12 de noviembre de 2021. *Hecho documentado en las páginas 1 a 5 del archivo “02AnexosDemanda.pdf” del expediente.*

2. A la parte accionante le liquidaron cesantías por el año 2020 por valor de \$4.477.822 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 19 archivo “02AnexosDemanda” del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad del acto administrativo ficto mencionado a través del cual 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 de la parte 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.

Y respecto de la aplicación del artículo 1o de la Ley 52 de 1975 indicó:

1. Esta norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al FOMAG quienes tiene norma especial, y se les aplica para el pago de los intereses a las cesantías el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

2. 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 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.

3. Existe una imposibilidad operativa de que exista sanción mora 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.

4. Los empleadores de los docentes afiliados al FOMAG son las entidades territoriales de conformidad con las normas citadas anteriormente, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de “empleador”, existiendo falta de legitimación en la causa por pasiva.

5. Las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” debido a que los recursos ya se encuentran en el Fondo.

6. De aplicar a los docentes afiliados al FOMAG la Ley 52 de 1975, se desmejorarían sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías” debido a que las condiciones dadas por su régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general, debido a que la liquidación de intereses para los docentes afiliados al FOMAG se realiza sobre el total del saldo acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

7. Respecto a la posibilidad del trabajador de escoger el fondo de cesantías que en la norma en cita se describe como “que el mismo elija”, es un hecho de imposible aplicación porque todos los docentes oficiales por norma especial deben ser afiliados al FOMAG, por lo tanto, no hay escogencia de fondo por parte de los docentes.

8. Lo pretendido por el demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad de la ley, esto es, 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 le beneficia, infracción prohibida en la ley y la jurisprudencia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, “falta de legitimación en la causa por pasiva de las entidades que represento, para asumir pagos de cesantías e interés de cesantías cuando las mismas son reportadas por la entidad territorial extemporáneamente”, “inexistencia de la obligación”, “inexistencia del deber de la nación – mineducación – fomag, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”, “imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa “liquidación de la cesantía”, realizada por el ente territorial, con la de “consignación de la cesantía”, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990, “régimen especial docente, no resulta per se violatorio del derecho a la igualdad,” “imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”, “procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, “técnica de distinción (distinguishing) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares”, “no procedencia de la condena en costas” y “excepción genérica”.*

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.

2.3.2. Por su parte, el **Departamento de Caldas** (archivo 008ContestacionDemandaDeptoCaldas.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.

Propuso 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: No se pronunció.

2.5.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 014AlegatosFomag.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 y agrega que las sentencias aportadas como precedente, sobre las que se basa la solicitud, distan diametralmente fáctica y jurídicamente de lo acaecido en el caso concreto.

2.5.3. El Departamento de Caldas no hizo uso de esta etapa procesal, según constancia secretarial que antecede.

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. Problema jurídico

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 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.

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, 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 sí 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, así mismo, 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 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.

3.4.4. 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

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”

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.

3.4.5. 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 Municipio de Manizales 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.

Del mismo modo, la reciente providencia proferida por el H. Consejo de Estado en sede constitucional de tutela⁹ que amparó los derechos fundamentales de la accionante y ordenó al Tribunal Administrativo del Quindío proferir una nueva providencia en un proceso donde se ventila un asunto similar al del presente proceso, tampoco constituye un precedente judicial de aplicación inmediata en tanto lo que indica es que existen unos lineamientos generales por parte de la Corporación que aunados a la reglamentación legal llevan a la conclusión según la cual a los docentes les es aplicable la Ley 50 de 1990 y evidentemente no se dicta en desarrollo de su función unificadora. Veamos:

“(…)

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B. Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023). Radicación número: 11001-03-15-000-2023-00965-00.

Es importante señalar que dada la connotación de servidor público, que se reconoció en la referida sentencia de unificación, al docente oficial, aunado al hecho de que la actora pertenecía al régimen anualizado de cesantías, resultaba pertinente que la autoridad judicial accionada realizara un análisis sistemático del ordenamiento jurídico, para advertir que, además de las disposiciones de la Ley 91 de 1989, también se le aplicaban otras normas posteriores en materia de cesantías y/o sanción moratoria, tales como Ley 50 de 1990, Ley 244 de 1995, Ley 1071 de 2006, Ley 344 de 1996 entre otras; teniendo en cuenta que este último tema no se encuentra plenamente regulado en la normativa especial de los educadores.

En este orden de ideas es claro que en la providencia cuestionada no se efectuó un análisis de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado en materia de reconocimiento de la sanción moratoria para el sector docente, circunstancia que conlleva al desconocimiento del precedente judicial, en tanto que la decisión adoptada mediante providencia del 9 de febrero de 2023, se apartó de los pronunciamientos que resultaban aplicables al caso bajo estudio, sin tener en cuenta que es un deber del juez exponer con suficiencia las razones fácticas y jurídicas por las cuales se parta (sic) o decide no acoger un determinado criterio jurisprudencial.

(...)”

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*, pues evidentemente es un tema que en el momento no es pacífico en la jurisdicción, 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.

3.4.6. 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. (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.

3.4.7. 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 1997 y que se le liquidaron cesantías por el año 2020 por la suma de \$4.477.822 (fl. 18 002AnexosDemanda.pdf).

En este sentido, se advierte que la parte demandante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989¹⁰ 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

¹⁰ **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 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 \$315.981, 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.

3.5.3. La interpretación del superior jerárquico es conteste con lo aquí decidido

Auscultadas las decisiones proferidas por el Tribunal Administrativo de Caldas se observa que, en providencias de dos de sus salas, las decisiones han ido orientadas a confirmar las decisiones de primera instancia de otros despachos judiciales que negaran las pretensiones deprecadas:

- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS. SALA TERCERA DE DECISIÓN. MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS. Manizales, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023). Radicado: 17001-33-33-004-2022-00164-02:

“La demandante no tiene derecho al 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, ni a 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 1176 de 1991, por cuanto, la demandante es docente afiliada al Fomag desde 2009, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses del año 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellos. Tampoco hay lugar a aplicar las normas señaladas por la demandante con fundamento en el principio de favorabilidad”.

- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS. SALA PRIMERA DE DECISIÓN MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES Manizales, primero (01) de junio de dos mil veintitrés (2023). Radicado 17001-33-39-004-2022-00035-02:

“El demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a 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 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998. En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por el demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.”

3.6. Conclusión

En este orden de ideas, se declararán probadas las excepciones de *“falta de legitimación en la causa por pasiva de las entidades que represento, para asumir pagos de cesantías e interés de cesantías cuando las mismas son reportadas por la entidad territorial extemporáneamente”, “inexistencia de la obligación”,*

“inexistencia del deber de la nación – mineducación – fomag, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”, “imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa “liquidación de la cesantía”, realizada por el ente territorial, con la de “consignación de la cesantía”, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990, “régimen especial docente, no resulta per se violatorio del derecho a la igualdad,” “imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”, “procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, “técnica de distinción (distinguishing) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares, propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y las de “Buena fe” e “Inexistencia de la obligación”, propuestas 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 el DEPARTAMENTO DE CALDAS como por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de *“inexistencia de la obligación”, “inexistencia del deber de la nación – mineducación – fomag, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”, “imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa “liquidación de la cesantía”, realizada por el ente territorial, con la de “consignación de la cesantía”, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990, “régimen especial docente, no resulta per se violatorio del derecho a la igualdad,”*

“imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”, “procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, “técnica de distinción (distinguishing) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares, propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y las de “Buena fe” e “Inexistencia de la obligación”, propuestas 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 **MARÍA DEL ROSARIO ARIAS CASTAÑEDA** 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: **4b318a2cc32eb6faa6f7aadd3f7d8f870cd9cdf5558870d920ab44b17b33dc73**

Documento generado en 22/09/2023 03:35:53 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, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO:	17001-33-33-001-2023-00063-00
MEDIO DE CONTROL:	PROTECCIÓN A LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
DEMANDANTE:	MARIA CONSTANZA MONTOYA NARANJO
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE MANIZALES Y BIOTECNOLOGÍA DE COLOMBIA S.A.S.
VINCULADO:	CONSORCIO MANIZALES 2022
AUTO:	1426
ESTADO:	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

Vencido como se encuentra el término para pronunciarse sobre las pruebas decretadas en el proceso, se declara cerrado el debate probatorio.

Esta servidora judicial estima 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 y se han surtido todos los pasos previstos en la ley para garantizar los derechos de defensa y contradicción. De manera que, hasta el momento, no se vislumbra vicio o irregularidad susceptible de saneamiento, las partes tampoco alegaron irregularidad alguna. En consecuencia, cualquier posible anomalía en la que se haya podido incurrir se tiene por saneada.

Así las cosas, cumplidos los requisitos previos para el adelantamiento válido del proceso y habiéndose cerrado el debate probatorio, se corre traslado para alegar de conclusión por el término de cinco (05) días, de conformidad con el art. 33 de la Ley 472 de 1998. El Ministerio Público podrá presentar, en ese mismo término, el concepto que a bien considere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

JPRC

Claudia Yaneth Muñoz García

Firmado Por:

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: **2371ec444d954c49882600955d5cb57b6c71863f8cc589d6a90f10537558e593**

Documento generado en 22/09/2023 07:25:22 AM

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, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO:	17001-33-33-001-2023-00266-00
MEDIO DE CONTROL:	PROTECCIÓN A LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
DEMANDANTE:	JOSÉ WILSON MARÍN CASTAÑO
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE MANIZALES y DEPARTAMENTO DE CALDAS
AUTO:	1423
ESTADO:	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

Vencido el término de traslado de la demanda es posible proseguir con el trámite del presente medio de control.

Así las cosas, el Despacho procede a fijar fecha y hora para la celebración de la audiencia de pacto de cumplimiento, de conformidad con el art. 27 de la Ley 472 de 1998. Ello, debido a que se encuentran cumplidos los presupuestos procesales para ese fin.

En ese sentido, se cita a audiencia de Pacto de Cumplimiento para el día **DIECIOCHO (18) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) a las OCHO Y TREINTA DE LA MAÑANA (08:30 A.M.)**. A la misma deberán comparecer obligatoriamente las partes, quienes se presentarán personalmente y a través de sus representantes legales, so pena de incurrir en las sanciones previstas en la ley.

La audiencia se realizará en modalidad NO PRESENCIAL, a través de comunicación simultánea o sucesiva, utilizando como herramienta tecnológica LIFE SIZE, para lo cual deberán ingresar por el siguiente enlace:

<https://call.lifesizecloud.com/19334712>

SE RECONOCE PERSONERÍA para actuar a la abogada CLEMENCIA ESCOBAR GÓMEZ identificada con la cédula de ciudadanía 24.823.227 y tarjeta profesional 193.422 del C.S. de la J. para actuar en los términos y para los fines del poder a ella conferido por el Departamento de Caldas (Páginas 11, 17 y 18 del archivo 011 del expediente).

En igual sentido, SE RECONOCE PERSONERÍA para actuar al abogado CARLOS ALBERTO CASTELLANOS GÓMEZ identificado con la cédula de ciudadanía 75.073.206 y tarjeta profesional 121.062 del C.S. de la J. para actuar en los términos y para los fines del poder a él conferido por el Municipio de Manizales (Páginas 25-26 del archivo 010 del expediente).

Se le recuerda a las autoridades demandadas reunir el comité de conciliación para evaluar la posibilidad de presentar una fórmula de acuerdo que ponga fin al litigio.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA

JUEZ

JPRC

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: **2e910db876de3f48ae6b0414ca88a9684a5bb6599c81e4cea9d00bd91d44c54c**

Documento generado en 22/09/2023 07:25:22 AM

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, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO:	17001-33-33-001- 2023-00286 -00
MEDIO DE CONTROL:	PROTECCIÓN A LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE:	ENRIQUE ARBELÁEZ MUTIS
ACCIONADA:	MUNICIPIO DE ANSERMA, CALDAS
VINCULADO:	DEPARTAMENTO DE CALDAS
AUTO:	1427
ESTADO:	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

ASUNTO

El Despacho procede a resolver sobre la vinculación del Departamento de Caldas en el proceso de la referencia.

CONSIDERACIONES

El Despacho, por auto del 23 de agosto del año que avanza, admitió la demanda que, en ejercicio del medio de control de Protección a los Derechos e Intereses Colectivos, presentó el señor Enrique Arbeláez Mutis (Archivo 009 del expediente).

Posteriormente, la entidad Municipal demandada, contestó la demanda. En el relato expuesto por la defensa, parece evidenciarse la posible responsabilidad de la violación a los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda, por parte del Departamento de Caldas.

En este sentido, con el ánimo de aclarar los hechos presuntamente vulneratorios de los derechos colectivos, esta servidora judicial considera necesaria la comparecencia del Departamento de Caldas para que contribuya al esclarecimiento de los hechos, de paso, para conformar adecuadamente el contradictorio de manera temprana en el proceso.

Así las cosas, se ordenará la vinculación del Departamento de Caldas y la notificación de esta decisión.

Por lo brevemente expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales.

RESUELVE:

PRIMERO: VINCULAR al presente trámite al Departamento de Caldas en el proceso que, en ejercicio del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, instauró el señor **ENRIQUE ARBELÁEZ MUTIS** en contra del **MUNICIPIO DE ANSERMA, CALDAS**.

SEGUNDO: NOTIFICAR al representante legal del Departamento de Caldas.

TERCERO: Correr traslado de la demanda a la entidad accionada por el término de **10 días**, dentro de los cuales podrán contestar la demanda, solicitar la práctica de pruebas y proponer excepciones (art. 22 y 23 de la ley 472 de 1998).

CUARTO: Desde ya se **REQUIERE** a la entidad demandada para que reúna al comité de conciliación con el fin de plantear una solución a la presunta vulneración de los derechos e intereses colectivos denunciados. Lo anterior deberá hacerse constar en un acta que se aportará previo a la celebración de la audiencia de pacto de cumplimiento, en la fecha que para tal fin se fije.

QUINTO: SE RECONOCE personería al abogado BRYAN ARIEL CALVO PUERTA, identificado con la cédula de ciudadanía 1.088.009.434 y tarjeta profesional 263.950 del C.S. de la J. para actuar en los términos y para los fines del poder a él conferido por el Municipio de Anserma, Caldas (páginas 121-122 del archivo 011 del expediente).

La información con destino al Despacho se deberá remitir al siguiente correo electrónico: admin01ma@cendoj.ramajudicial.gov.co.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

JPRC

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: **9eb0e78a3eb58ce2d0d48ff1e9f72c7ef164d69657dfca84270fa9266c5bb58b**

Documento generado en 22/09/2023 07:25:23 AM

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, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO:	17001-33-33-001-2023-00290-00
MEDIO DE CONTROL:	PROTECCIÓN A LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
DEMANDANTE:	MARÍA ILMA VASCO GARCÍA
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE MANIZALES
AUTO:	1424
ESTADO:	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

Vencido el término de traslado de la demanda es posible proseguir con el trámite del presente medio de control.

Así las cosas, el Despacho procede a fijar fecha y hora para la celebración de la audiencia de pacto de cumplimiento, de conformidad con el art. 27 de la Ley 472 de 1998. Ello, debido a que se encuentran cumplidos los presupuestos procesales para ese fin.

En ese sentido, se cita a audiencia de Pacto de Cumplimiento para el día **DIECIOCHO (18) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) a las DIEZ DE LA MAÑANA (10:00 A.M.)**. A la misma deberán comparecer obligatoriamente las partes, quienes se presentarán personalmente y a través de sus representantes legales, so pena de incurrir en las sanciones previstas en la ley.

La audiencia se realizará en modalidad NO PRESENCIAL, a través de comunicación simultánea o sucesiva, utilizando como herramienta tecnológica LIFE SIZE, para lo cual deberán ingresar por el siguiente enlace:

<https://call.lifesizecloud.com/19334811>

Se le recuerda a la autoridad demandada reunir el comité de conciliación para evaluar la posibilidad de presentar una fórmula de acuerdo que ponga fin al litigio.

SE RECONOCE personería al abogado CARLOS ALBERTO CASTELLANOS GÓMEZ, identificado con la cédula de ciudadanía 75.073.206 y tarjeta profesional 121.062 del C.S. de la J. para actuar en los términos y para los fines del poder a él conferido por el Municipio de Manizales (páginas 15-16 archivo 005 del expediente).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA

JUEZ

JPRC

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: **9a52cf1bd6dea7d0137c233141c4327a1970e9b2dc1443843cf5b918beec6116**

Documento generado en 22/09/2023 07:25:24 AM

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 – Caldas, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO	17001-33-33-001- 2023-00303 -00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO TRIBUTARIO
DEMANDANTE	EDUARDO LONDOÑO ARANGO
DEMANDADO	MUNICIPIO DE MANIZALES
ASUNTO	REQUIERE PREVIO ESTUDIO DE ADMISIÓN
AUTO No	1450
ESTADO No	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

Previamente a resolver sobre la admisión de la demanda, se **REQUIERE** al JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, para que en el término de tres (3) días se sirva allegar con destino a este proceso el expediente digital del medio de control con Radicado 17001-33-33-003-2022-00303-00, que fuera tramitado en ese Despacho Judicial.

Lo anterior, para efectos de verificar si la demanda fue presentada ante este Juzgado de manera oportuna.

Se recuerda que el correo electrónico destinado por el Despacho para la recepción de memoriales o cualquier otro documento es admin01ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

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: **c4204ab7803d51dd21c0c4b174d1d055951905fcbfcfe5f96ac20c7c128c6c72**

Documento generado en 22/09/2023 03:35:55 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 – Caldas, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO	17001-33-33-001-2023-00304-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO TRIBUTARIO
DEMANDANTE	LUIS GILBERTO HOYOS ARISTIZÁBAL
DEMANDADO	MUNICIPIO DE MANIZALES
ASUNTO	REQUIERE PREVIO ESTUDIO DE ADMISIÓN
AUTO No	1451
ESTADO No	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

Previamente a resolver sobre la admisión de la demanda, se **REQUIERE** al JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, para que en el término de tres (3) días se sirva allegar con destino a este proceso el expediente digital del medio de control con Radicado 17001-33-33-003-2022-00303-00, que fuera tramitado en ese Despacho Judicial.

Lo anterior, para efectos de verificar si la demanda fue presentada ante este Juzgado de manera oportuna.

Se recuerda que el correo electrónico destinado por el Despacho para la recepción de memoriales o cualquier otro documento es admin01ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

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: **d687d73a6a4e19feccd97101f3d60b3f4536c903c4467e24b6fa68c12c92cee9**

Documento generado en 22/09/2023 03:35:56 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 – Caldas, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO	17001-33-33-001- 2023-00305 -00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO TRIBUTARIO
DEMANDANTE	JAVIER NARANJO MEJÍA
DEMANDADO	MUNICIPIO DE MANIZALES
ASUNTO	REQUIERE PREVIO ESTUDIO DE ADMISIÓN
AUTO No	1452
ESTADO No	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

Previamente a resolver sobre la admisión de la demanda, se **REQUIERE** al JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, para que en el término de tres (3) días se sirva allegar con destino a este proceso el expediente digital del medio de control con Radicado 17001-33-33-003-2022-00303-00, que fuera tramitado en ese Despacho Judicial.

Lo anterior, para efectos de verificar si la demanda fue presentada ante este Juzgado de manera oportuna.

Se recuerda que el correo electrónico destinado por el Despacho para la recepción de memoriales o cualquier otro documento es admin01ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

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: **5c92e9d0f9a87a11a5f11a5e3fa49a0dca61f069d5dd532fae40992f33e8ba9d**

Documento generado en 22/09/2023 03:35:56 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 – Caldas, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO	17001-33-33-001- 2023-00306 -00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO TRIBUTARIO
DEMANDANTE	MAGDALENA ECHEVERRI ESCOBAR
DEMANDADO	MUNICIPIO DE MANIZALES
ASUNTO	REQUIERE PREVIO ESTUDIO DE ADMISIÓN
AUTO No	1453
ESTADO No	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

Previamente a resolver sobre la admisión de la demanda, se **REQUIERE** al JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, para que en el término de tres (3) días se sirva allegar con destino a este proceso el expediente digital del medio de control con Radicado 17001-33-33-003-2022-00303-00, que fuera tramitado en ese Despacho Judicial.

Lo anterior, para efectos de verificar si la demanda fue presentada ante este Juzgado de manera oportuna.

Se recuerda que el correo electrónico destinado por el Despacho para la recepción de memoriales o cualquier otro documento es admin01ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

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: **b42a8c26150f57e88ee45029df22cb35ee43cec572817ed8f11e8a07f8542542**

Documento generado en 22/09/2023 03:35:57 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, Caldas, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO:	17001-33-33-001-2023-00307-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	COLPENSIONES
DEMANDADOS:	JOSÉ WILSON FLÓREZ BUITRAGO
ASUNTO:	ADMITE DEMANDA
AUTO:	1434
ESTADO:	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

I. ASUNTO

El Despacho pasa a estudiar la admisibilidad de la demanda de la referencia que da origen a la presente actuación.

II. CONSIDERACIONES

Por encontrarse el lleno de los requisitos legales consagrados en el artículo 162 y siguientes del CPACA, **SE ADMITE** la demanda que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instauró COLPENSIONES en contra del señor JOSÉ WILSON FLÓREZ BUITRAGO.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales,

RESUELVE

PRIMERO: NOTIFÍQUESE por estado electrónico a la parte demandante, de conformidad con lo previsto en los artículos 171 y 201 del CPACA.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE este auto personalmente a JOSÉ WILSON FLÓREZ BUITRAGO, mediante mensaje dirigido al correo electrónico informado por Colpensiones para notificaciones judiciales, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 175 de la Ley 1437 modificada por el artículo 37 de la Ley 2080 de 2021. En todo caso, se aplicarán las normas supletorias que resulten

pertinentes para garantizar la adecuada notificación de la persona natural demandada.

TERCERO: NOTIFÍQUESE personalmente este proveído a la Agente del Ministerio Público delegada ante este Despacho, y córrase traslado de la demanda y sus anexos mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, y con las indicaciones dadas en el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011.

CUARTO: COMUNÍQUESE personalmente esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, y con las indicaciones dadas en el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011.

QUINTO: El demandado deberá contestar la demanda dentro del término de traslado de la misma, según las voces de los artículos 172 y 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, dentro de este término, dando cumplimiento al numeral 7 y parágrafo primero del último artículo citado, esto es, informar en la contestación de la demanda su dirección electrónica.

Los demandantes y demandados igualmente darán cumplimiento estricto a lo dispuesto por la Ley 2080 de 2021, en cuanto a la remisión de memoriales con destino a este proceso, en concordancia con lo estipulado, en especial, en el artículo 186 del CPACA, los cuales deberán remitirse al correo electrónico admin01ma@cendoj.ramajudicial.gov.co y al correo electrónico de las demás partes, especialmente las contestaciones de demanda, alegatos de conclusión y cualquiera otra solicitud o información que se pretenda remitir ante el Despacho.

SEXTO: Se reconoce personería a la abogada **ANGÉLICA MARGOTH COHEN MENDOZA**, identificada con la cédula de ciudadanía N° 32.709.957 y tarjeta profesional N° 102.786 del C.S. de la J., para representar a la parte demandante, en los términos y para los fines del poder general a ella conferido mediante Escritura Pública No. 0395 del 12 de febrero de 2020 visible en las páginas 423 a 438 del archivo 001 del expediente electrónico.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

JPRC

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: **eef1ca651c53b94b14a3b2e613b9498bfd4df65af416a1128a8f42dc2712ee02**
Documento generado en 22/09/2023 07:25:24 AM

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, Caldas, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO:	17001-33-33-001-2023-00307-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
DEMANDADOS:	JOSÉ WILSON FLÓREZ BUITRAGO
ASUNTO:	CORRE TRASLADO MEDIDA CAUTELAR
AUTO:	1435
ESTADO:	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

En la demanda se observa una solicitud tendiente a que se decrete la siguiente medida cautelar:

(...) Solicito se declare la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Resolución Nro. 106151 de 14 de julio de 2011 que reconoció la pensión de vejez a favor del Jose Wilson Florez Buitrago.

En razón a que mediante Resolución Nro. 106151 de 14 de julio de 2011, Colpensiones reconoció pensión de vejez al demandado a partir del 1 de julio de 2011 por valor mensual de \$1.240.785 de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, la liquidación se realizó con 2025 semanas.

Una vez realizado el estudio de reliquidación se logra establecer que el régimen más favorable para el presente caso es el Decreto 758 de 1990, razón por la cual se ponderaron las cotizaciones efectuadas durante los últimos 10 años de cotización (del 1 de marzo de 2001 al 30 de junio de 2011, dando como resultado un IBL de \$1,364.629 y una tasa de reemplazo del 90% dando como resultado un quantum pensional para el año 2011 de \$1.228.661 que actualmente corresponde a \$2.107.368 valor que comparado con el que el peticionario percibe en la actualidad resulta inferior \$2.129.018.

Para el efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, SE CORRE TRASLADO a la parte demandada de la solicitud, **por el término de (05) cinco días**, plazo que correrá independientemente al de la contestación de la demanda.

NOTIFÍQUESE el presente auto simultáneamente con el auto admisorio de la demanda.

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: **5cc2f8959f61f98980356ae29856d0d0e7b37be01a54537e3a72ecf5d8602e**

Documento generado en 22/09/2023 07:25:25 AM

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 – Caldas, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO	17001-33-33-001- 2023-00308 -00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO TRIBUTARIO
DEMANDANTE	ISABELA LÓPEZ LOAIZA
DEMANDADO	MUNICIPIO DE MANIZALES
ASUNTO	REQUIERE PREVIO ESTUDIO DE ADMISIÓN
AUTO No	1454
ESTADO No	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

Previamente a resolver sobre la admisión de la demanda, se **REQUIERE** al JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, para que en el término de tres (3) días se sirva allegar con destino a este proceso el expediente digital del medio de control con Radicado 17001-33-33-003-2022-00303-00, que fuera tramitado en ese Despacho Judicial.

Lo anterior, para efectos de verificar si la demanda fue presentada ante este Juzgado de manera oportuna.

Se recuerda que el correo electrónico destinado por el Despacho para la recepción de memoriales o cualquier otro documento es admin01ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

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: **3424e06400c65f78a61e3e249383af4f2d25784c6c55ca2a54e86671a768c98d**

Documento generado en 22/09/2023 03:35:57 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 – Caldas, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO	17001-33-33-001-2023-00308-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO TRIBUTARIO
DEMANDANTE	CARLOS ALBERTO SOTO RAMÍREZ
DEMANDADO	MUNICIPIO DE MANIZALES
ASUNTO	REQUIERE PREVIO ESTUDIO DE ADMISIÓN
AUTO No	1455
ESTADO No	107 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

Previamente a resolver sobre la admisión de la demanda, se **REQUIERE** al JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, para que en el término de tres (3) días se sirva allegar con destino a este proceso el expediente digital del medio de control con Radicado 17001-33-33-003-2022-00303-00, que fuera tramitado en ese Despacho Judicial.

Lo anterior, para efectos de verificar si la demanda fue presentada ante este Juzgado de manera oportuna.

Se recuerda que el correo electrónico destinado por el Despacho para la recepción de memoriales o cualquier otro documento es admin01ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

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: **1d44ee08a4843d26a36e8219a47798afc444043f00704d901e4b53ba5a90e737**

Documento generado en 22/09/2023 03:35:58 PM

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

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