TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
-Sala Segunda de Decisión-

Sincelejo, diez (10) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Expediente No.	**70-001-33-33-001-2022-00048-01**
Demandante:	Hernando Manuel Chamorro Simanca
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Fomag- Departamento de Sucre
Magistrado Ponente:	César Enrique Gómez Cárdenas

Tema: No pago oportuno cesantías docente / cesantías / régimen jurídico / Ley 50 de 1990 / no aplica por ser un régimen especial.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 30 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual negó las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

Hernando Manuel Chamorro Simanca, a través de apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO–FOMAG – DEPARTAMENTO DE SUCRE, con el objeto de que se declarara:

- La nulidad del acto ficto o presunto emitido por el ENTE TERRITORIAL, configurado el 12 de octubre de 2021, ante la falta de respuesta a una petición elevada por la parte actora en la que solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada del incumplimiento de la obligación de consignación oportuna de las cesantías anualizadas causadas en 2020 y sus intereses.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condenara a las demandadas al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, consagrada en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991.

Igualmente, solicitó que el valor a cancelar producto de lo anterior, se pagara debidamente actualizado, con base en el índice de precios al

consumidor y que se ordenaran intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia hasta el desembolso.

Como **fundamentos fácticos**, se afirmó en la demanda que:

Como docente al servicio del departamento, el demandante tenía derecho a que se le consignaran las cesantías anualizadas correspondientes al año 2020 hasta el 15 de febrero de 2021 y sus respectivos intereses debían ser pagados a más tardar el 31 de enero de 2021.

La entidad territorial y el Ministerio de Educación no habían cancelado las cesantías y sus intereses a favor del demandante ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que daba lugar al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, a partir del 16 de febrero de 2021 y de los intereses a las cesantías, desde el 31 de enero de 2021.

El 12 de julio de 2021, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por ambos conceptos (cesantías e intereses), sin obtener respuesta, por lo que se configuró el silencio administrativo negativo.

Consideró que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado apoyaban la tesis de favorabilidad de aplicación de la Ley 50 de 1990 a los docentes, y concluyó:

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

La parte actora señaló como **normas violadas,** artículo 13 y 53 de la Constitución Nacional, artículo 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, artículo 99 de la Ley 50 de 1990, artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, Ley 52 de 1975, artículo 13 de la Ley 344 de 1996, artículo 5 de la Ley 432 de 1998, Decreto 1176 de 1991 y Decreto 1582 de 1998.

El **concepto de la violación** expuesto por la parte actora se sintetiza en los siguientes términos:

Explicó que históricamente las cesantías de los docentes habían sido consignadas de manera tardía, situación que desde cualquier punto de vista menoscababa los derechos de los maestros, quienes no podían disponer de esos recursos.

Aclaró que desde la expedición de la Ley 91 de 1989 la idea era que los docentes vinculados desde el 1° de enero de 1990 quedaran cobijados por el régimen anualizado de cesantías. Un año después, con la Ley 50 de 1990 se regularon las obligaciones de los empleadores con los servidores públicos, incluidos los docentes, con lo cual quedó unificado el trámite. Bajo esa lógica, las cesantías se debían liquidar cada año con corte a 31 de diciembre y su consignación se realizaría al fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, de acuerdo con la Ley 50 de 1990, pero esto, en muchas ocasiones no ocurría.

Los jueces advirtieron la irregularidad de la situación y por ello el Consejo de Estado empezó a ordenar la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los profesores, dado que la prestación debía ser consignada antes de 15 de febrero del año siguiente a su causación en la cuenta individual a nombre del trabajador, afirmación que encontraba respaldo en varias sentencias que fueron citadas. *"Al tratarse unas cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre las cesantías, pagarle los intereses antes del 30 de enero y ser consignadas en el Fomag, (Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio) antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de servidores públicos. Debe aclararse que, por orden legal, TODOS los docentes de la educación pública deben ser afiliados al prenombrado fondo, sin que haya lugar a que el docente pues elegir otra entidad que maneje los recursos de su pensión, cesantías y aportes de salud".*

La Corte Constitucional en sentencias C-486 de 2016, SU 098 de 2018, SU 332 de 2019 y SU 041 de 2020 también abrió paso a que se reconociera la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Advirtió que aunque se trataba de un régimen especial, este lo era en cuanto reportara beneficios a un grupo especial de trabajadores, como en este caso a los docentes, pero no justificaba un trato discriminatorio o de restricción frente a derechos laborales; de manera que si la norma especial resultaba más gravosa, se imponía la aplicación de la norma del sistema general más favorable. "*La jurisprudencia del Consejo de Estado, establece que los regímenes excepcionales o especiales no pueden ser aplicados si resultan desfavorables para el trabajador, por lo tanto, debe aplicarse el régimen salarial y prestacional más favorable al trabajador, lo que sin duda nos lleva a concluir, que los docentes son merecedores de la sanción por mora al no pago oportuno de sus cesantías, pues entonces como hace para solicitarle al Fomag el pago parciales de las mismas, si están no están consignadas en su cuenta individual, generando los respectivos intereses de mora para ser cancelados por anualidades, como el resto de servidores públicos del país*".

Finalmente, expuso que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 implementó una responsabilidad conjunta entre los entes territoriales y el FOMAG para la consignación oportuna de las cesantías y el pago de sus intereses.

1.2. Contestación de la demanda[1]

El Departamento de Sucre no contestó la demanda.

El **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, A TRAVÉS DE LA FIDUPREVISORA** explicó el régimen de las cesantías de los docentes para concluir que eran destinatarios de la Ley 91 de 1989, que todos estaban afiliados al Fomag y por ello no tenían cuentas individuales, lo que hacía inoperante la sanción moratoria derivada de la no consignación oportuna de las cesantías en el régimen especial docente. Afirmó:

> "Teniendo presente la fuente de recursos de financiación del FOMAG, y los términos en que son GIRADOS al Fondo, es evidente, manifiesto, trascendente, y salta de bulto a la vista, que la actividad operativa de "Consignación de las cesantías al Fondo antes del 15 de febrero" JAMÁS ocurre al interior del Sistema Especial del FOMAG, porque, como en forma solvente se ha explicado, los recursos de financiamiento de las prestaciones, se hallan PRE-GIRADOS o PRE-PAGADOS al Fondo, por parte del Ministerio de Hacienda.
> FIDUPREVISORA S.A como administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO – FOMAG, nunca realiza la consignación de recursos por concepto de cesantías docentes. Tampoco es un acto que realice el ENTE TERRITORIAL en su calidad de EMPELADOR y/o NOMINADOR del respectivo docente.
> La actividad que efectúa el Ente Territorial, por mandato expreso del Acuerdo 39 de 1998, son las "liquidaciones anuales de cesantías en firme" (Art. 2º), y su posterior reporte a la Oficina Regional del FOMAG de cada Ente, dentro de los primero 20 días del mes de enero de cada anualidad. (Art. 3º). Por su parte, la Oficina Regional cuenta con 10 días hábiles para enviar dicha información debidamente verificada, a la Fiduciaria. (Art. 3.2).
> La actividad que dentro del Sistema Especial realiza el FOMAG, es el pago de los intereses, en el mes de marzo, siempre y cuando la información sobre la liquidación de las cesantías le haya sido remitida por el Ente Territorial – Oficina Regional, a más tardar el 05 de febrero de cada año. En el mes de mayo a aquellos docentes cuya información le fue reportada entre el 06 de febrero al 15 de marzo de cada año. En los casos en que la Oficina Regional reporte la información después del 15 de marzo, la Fiduciaria programa pagos posteriores, de lo cual informará al Consejo Directivo del FOMAG. (Art. 4).
> Téngase presente en todo caso la previsión contenida en el Parágrafo 2º de este canon 4º, según la cual, "En todo caso, la responsabilidad de reportar oportunamente la información requerida para el pago de los intereses a las cesantías, es de la Entidad Territorial." Ello significa que, el término oportuno con el que cuenta el Fondo para el pago de los intereses a las cesantías, debe ser, junto a la fecha de pago del salario, nómina o mensualidad del mes de marzo, esto es, el día 31 de dicho mes; sí, y solo si, el Ente Territorial reportó oportunamente la liquidación de las cesantías, lo cual debió hacer, por tarde, el 05 de febrero de cada anualidad.
> Lo expuesto resume que, en todos aquellos eventos en los cuales el Ente Territorial reporte la liquidación de las cesantías en forma extemporánea (posterior al 05 de febrero), no es posible endilgarle responsabilidad al FOMAG, derivada del pago tardío de los intereses, (posterior al 31 de marzo) pues las eventuales consecuencias y/o reclamaciones por parte del titular del derecho, por mandato legal deben ser asumidas por el Ente Territorial.
> Explicado con amplia solvencia y fundamentación estos puntos de derecho, fuerza a concluir que, al ser inexistente dentro del Sistema Especial – FOMAG, la actividad de "Consignación de las cesantías al

[1] Mediante auto de 11 de mayo de 2022 se admitió la demanda y se notificó a las demandadas.

> Fondo antes del 15 de febrero", debido al PRE-GIRO de los recursos por parte del Ministerio de Hacienda, a las arcas del FOMAG, jamás se puede configurar la "consignación extemporánea de las cesantías". Es apenas una consecuencia orientada por la razón, y la más elemental lógica. Luego, la presunta indemnización contenida en el Núm. 3º del Art. 99 de la Ley 50 de 1990, no se extiende al sistema FOMAG, por inexistencia de los presupuestos fácticos que la configuran.".

Agregó que en la jurisprudencia nacional se había admitido la aplicación del principio de favorabilidad pero en casos con supuestos fácticos disímiles a los aquí demandados, por lo que no eran referente.

Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de los derechos en cabeza de la accionante, imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías en el régimen especial del FOMAG, entre otras.

1.3. La sentencia apelada

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de fecha 30 de marzo de 2023, resolvió negar las pretensiones de la demanda y declarar probada las excepciones de "*i)* inexistencia de derechos en cabeza del accionante; *ii)* Inexistencia del deber de la Nación – MEN– FOMAG, de cancelar indemnización por la consignación extemporánea de las cesantías docentes, y *iii)* inexistencia del deber de la Nación – MEN– FOMAG de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes, propuestas por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio". Consideró:

> *"La parte demandante sostiene que labora como docente y tiene derecho a que los intereses a las cesantías le fueran consignados a más tardar el 31 de enero de 2021, y el valor liquidado de las cesantías le fuera depositado en el FOMAG hasta el 15 de febrero de 2021, según lo dispuesto por la Sala Plena de la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación N° 098 del diecisiete (17) de octubre de dos mil dieciocho (2018), dictada en el proceso N° T-6.736.200.*
> *Por su parte, el FOMAG argumentó que el régimen de cesantías de los docentes es especial, y no es equiparable al que prevé la Ley 50 de 1990 extendido a empleados públicos afiliados a fondos de cesantías privados conforme a la Ley 344 de 1996 y sus decretos reglamentarios, de modo que la sanción e indemnización reclamadas resulta incompatible en virtud al principio de inescindibilidad normativa, ya que en el régimen especial no existe la obligación de consignación anual de cesantías por las entidades territoriales al FOMAG, sino un reporte de las mismas y sus intereses en las fechas definidas anualmente según la Ley 91 de 1989.*
> *El fundamento jurisprudencial principal de la parte demandante es la sentencia SU- 098 de 2018 proferida por la sala plena de la corte constitucional, sin embargo, a juicio de este despacho, tal precedente judicial no es aplicable al caso concreto, pues, al compararlo con la situación de hecho planteada en este asunto, se advierte que entre ellos existe una clara disanología fáctica, tal como se reseña en el siguiente cuadro: (…).*
> *Se observa entonces que, entre el caso que originó la sentencia SU-098 DE 2018 y el que ahora ocupa la atención de este despacho, existe una disanología o falta de semejanza fáctica, pues, como se advierte en la tabla comparativa reseñada, en el caso resuelto por la Corte Constitucional, el demandante nunca fue afiliado al FOMAG, su vínculo laboral había finalizado, su empleador fue un ente territorial y sus cesantías fueron reconocidas a través de acto administrativo; en cambio,*

en el que ocupa la atención de este despacho, el demandante si está afiliado al FOMAG, tiene vinculación laboral vigente y no media acto administrativo de reconocimiento de sus cesantías.
De esas diferencias fácticas, una de las más relevantes es que el demandante del caso resuelto en la sentencia SU-098 DE 2018 no estaba afiliado al FOMAG, por lo que, claramente, si no se produjo dicha afiliación, el docente nunca estuvo cubierto por un régimen especial de prestaciones, y la omisión a ese deber atribuible al ente territorial justificó la aplicación de normas del régimen general por parte de la Corte Constitucional.
Es decir, en criterio de este despacho, el precedente judicial contenido en la sentencia SU-098 DE 2018 no supera el juicio de semejanza con respecto al caso que ahora se resuelve, existiendo una disanalogía fáctica entre ellos, tornándola inaplicable al caso concreto, constituyendo así, una causal legitima de distinción e inaplicación.
Sumado a lo anterior, se tiene que, el régimen anualizado de cesantías previsto en la ley 91 de 1989, no ordenó la creación de cuentas individuales por cada docente, en las cuales se consignen sus cesantías anuales. Lo que se dispuso fue la creación de una cuenta única nacional llamada Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que debe contar con los recursos disponibles para realizar el pago de las cesantías y demás prestaciones a favor de aquellos docentes que lo soliciten.
Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con el régimen anualizado previsto en la ley 50 de 1990 en el que si se necesita de la sanción moratoria para promover que el empleador consigne dentro de los plazos legales las cesantías anuales de los trabajadores, a fin que dichos recursos estén disponibles cuando estos lo soliciten; en el régimen especial de los docentes, al existir un fondo único en el que se provisionan las cesantías de todos sus afiliados, estos tendrían la disponibilidad del recurso, siendo improcedente la sanción moratoria por la no consignación, pues, en este sistema, en lugar de consignaciones, se hacen reportes.
Tan cierto es lo anterior que, para el régimen especial anualizado de cesantías de los docentes, se permite el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 de 2006, la cual se configura, no por falta de consignación anual en una cuenta individual de cesantías, sino por reconocimiento y pago tardío de las cesantías solicitadas por los docentes. (…).
En ese sentido, si en gracia de discusión se aceptara la tesis de la parte demandante, ello equivaldría a aceptar que los docentes afiliados al FOMAG son beneficiarios de doble sanción moratoria, esto es, la prevista en la ley 50 de 1990 y la prevista en la ley ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 de 2006, lo cual no se acompasaría con el principio del non bis in ídem.
Así las cosas, como en el caso concreto, nos encontramos ante un docente afiliado al FOMAG, respecto a quien, existe la disponibilidad de recursos para el pago de las cesantías de la anualidad de la cual pretende la sanción moratoria, no hay lugar a acceder a esta pretensión.
Finalmente, en lo que respecta a la pretensión de indemnización por el presunto pago tardío de los intereses a las cesantías será negada, en razón a que, el régimen especial de cesantías anualizadas prevista en la ley 91 de 1989 no prevé esta sanción, como tampoco remite al artículo 1 de la ley 52 de 1975 que lo consagra".

1.4. El recurso de apelación

El extremo activo presentó recurso de apelación, con el fin de que se revocara la sentencia de primera instancia. Adujo que la sentencia de unificación SU-098 de 2018 era clara en la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes. Explicó que los docentes se encontraban en desventaja frente a otros empleados públicos y que se tratara de un régimen especial no implicaba que no se debían consignar las cesantías en el FOMAG. Agregó:

No se puede confundir la situación jurídica de reconocer y consignar, que vulneran los derechos de los trabajadores del sector de la educación, pues una es la que a solicitud del trabajador las entidades exceden los 70 días hábiles para su reconocimiento y pago (Sanción Mora Ley 1071 de 2006), sobre la que el operador judicial de primera instancia hace un estudio juicioso, pero el cual no se adecúa al asunto que hoy ocupa la atención de su despacho, puesto que la indemnización moratoria que se solicita, es aquella que de manera automática año tras año, cada 15 de febrero la Nación debe consignar al fondo el valor correspondiente a las cesantías de los trabajadores (artículo 99 de la Ley 50 de 1990) y he aquí señores magistrados la razón por la que el FOMAG se retrasa en el pago de las cesantías solicitadas, pues al no recibir por parte de la Nación – MEN – los dineros, NO CUENTA CON LOS RECURSOS SUFICIENTES PARA SU CUBRIMIENTO, y ¿Cuál es la razón de la insolvencia? , pues no es otra, que la omisión de la Nación de cumplir con la ley año a año de la consignación al FOMAG al 15 de febrero de cada anualidad de sus cesantías para tener disponible el recurso para su pago, lo que desencadena que hayan dos sanciones moratorias diferentes, las cuales tienen su génesis en esta negligencia. SITUACIÓN QUE DEBE ACABARSE.
(…).
ES TAN CLARA LA OBLIGACIÓN DE LA NACIÓN CONSIGNAR LOS RECURSOS ANTES DEL 15 DE FEBRERO DE CADA AÑO, QUE INCLUSO LOS DESCUENTOS PARA ESTOS EFECTOS COMIENZA A SER REALIZADOS A LOS DOCENTES Y AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES DESDE EL MES DE ENERO DEL AÑO INMEDIATAMENTE ANTERIOR A LA CAUSACION DE LAS CESANTIAS QUE DEBEN CONSIGNARSE ANTES DEL 15 DE FEBRERO DEL AÑO SIGUIENTE
Establece el Parágrafo 1º del artículo 18 de la ley 715 de 2001, así:
"*…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.»*
Es decir que los recursos de las prestaciones sociales de los docentes, están establecidos para ser descontados del Sistema General de Participaciones, siendo retenidos mensualmente una doceava parte (1/12), para que al finalizar el año esté el recaudo separado para consignarlo al FOMAG y que sean reportados los valores correspondientes a favor de cada docente, para poder así ser liquidados los respectivos intereses que le corresponden por el año reportado en su acumulado. Existe un enriquecimiento sin causa por parte del patrono, en contravía del Fomag y de los derechos de los docentes, pues habiendo sido descontado los recursos antes de girar la diferencia a los departamentos y municipios certificados en educación conforme a la ley 60 de 1993 y ley 715 de 2001, INCLUSO DESDE 1 AÑO ANTES DE TENER QUE REALIZAR LA CONSIGNACIÓN.
(…).
Adicionalmente, cabe anotar que, como quedó visto, una interpretación restrictiva de la aplicación de la sanción moratoria incurriría en un trato desigual de los docentes frente a otros trabajadores del Estado que gozan de la sanción como garantía de la prestación. Esta distinción viola el derecho a la igualdad toda vez que los docentes tendrían un derecho limitado por tener una categoría específica dentro de los trabajadores estatales, lo cual no constituye un motivo valido en sí mismo para negar su acceso.
Si bien se ajusta a la Constitución la creación de regímenes especiales, inclusive dentro de los trabajadores del Estado, en este caso se trata de una prestación exigible para todos los trabajadores, por lo cual la discusión está en su forma de garantía. El derecho a la igualdad exige que no se hagan distinciones injustificables entre sujetos asimilables. Los docentes hacen parte de los empleados públicos, a quienes, en general, les aplica la sanción moratoria. En tal medida, se trata de un escenario en el cual todos gozan de una prestación, el auxilio de cesantías, que

> garantiza la subsistencia ante el desempleo y el acceso a la educación y vivienda. Por ello, un acercamiento que disminuye la protección de la garantía a unos en perjuicio de los otros, viola el derecho a la igualdad. Como se advirtió, los docentes se encuentran en la categoría de los empleados públicos y no existe razón que justifique que en su calidad de trabajadores no tengan derecho, de la misma forma que los demás servidores públicos, a que sus prestaciones sociales sean canceladas en tiempo. Una interpretación contraria no protegería a estas personas en la misma forma que a otros servidores públicos, lo cual tendría como consecuencia la restricción de su posibilidad de gozar de la garantía del pago oportuno del auxilio de cesantías y, a su vez, de las protecciones ya mencionadas que se derivan de esa prestación.

2. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante fue admitido mediante auto del 31 de julio de 2023 y se concedió a las partes la oportunidad de presentar sus alegatos de conclusión.

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

3.1. La competencia

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

3.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar: i) el régimen de las cesantías docentes, ii) si el docente afiliado al FOMAG tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías e intereses de cesantías, causadas en el año 2020.

3.3. Análisis de la sala y respuesta al problema jurídico

3.3.1. Del régimen de cesantías de los docentes

El auxilio de cesantías es una prestación social a que tienen derecho los empleados públicos que tiene como finalidad asegurar las necesidades básicas del trabajador. Las cesantías definitivas son las que se causan al finalizar el vínculo laboral existente entre el funcionario y el Estado; y las cesantías parciales son las que se reconocen al empleado a fin de solventar aspectos relacionados con educación, adquisición o mejoramiento de vivienda, en vigencia de la relación laboral.

La Ley 91 de 1989, "*Por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio",* dispuso en su artículo 3:

> "Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la

cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrado (sic) de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional".

Dicha norma, estableció una diferenciación entre docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, y reguló otros aspectos, así:

"Artículo 1º.- Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:
1.- Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.
2.- Personal Nacionalizado, Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esa fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.
3.- Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976**,** sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975. (Negrillas fuera del texto).

Parágrafo – Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.

Artículo 4º.- 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. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del fondo, no podrán imponer renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica. (Negrillas fuera del texto).

Artículo 5º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.
(…).

Artículo 15º.- 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 1º de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en ésta Ley.
2. (…)

> 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 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte 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 periodo. 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".

Como se advierte, la Ley 91 de 1989 estableció que los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 recibirían un auxilio de cesantía consistente en un mes de salario por cada año de servicio sobre el último salario devengado, es decir, que tales docentes conservan el régimen retroactivo, mientras que a los docentes del orden nacional y a los vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1990, se les liquidaría el auxilio de cesantía anualmente, al tiempo que se les cancelaría un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad[2].

Dicha prestación la pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del reconocimiento que efectuaran las entidades territoriales, en los términos del artículo 9 de la Ley 91 de 1989:

> *"Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales".*

Para esta Sala, la Ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial en lo que respecta al reconocimiento y pago del auxilio de cesantías de los docentes con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin distinción alguna. La Corte Constitucional al estudiar el régimen de cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señaló en sentencia C- 928 de 2006:

---

[2] En sentencia del 22 de junio de 2000, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicación número: 2630-99.C.P. Ana Margarita Olaya Forero, señaló que: *"El régimen prestacional y salarial aplicable al personal docente es el contemplado en La Ley 91 de 1989, antes y con posterioridad a la expedición de la ley 60 de 1993; esta última mantuvo las previsiones contempladas en la Ley 91 de 1989 para todos los docentes que se incorporen sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones a las plantas departamentales y distritales".*

"En Colombia los docentes gozan de un régimen prestacional especial, previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad financiera estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% de capital. Al respecto cabe precisar, desde ya, que la Ley 91 de 1989 regula no sólo las prestaciones sociales del Magisterio, como son las cesantías y las vacaciones, sino igualmente lo referente al régimen pensional y de prestación de servicios médico-asistenciales de los profesores; en otras palabras, se reagrupa en un mismo cuerpo normativo lo prestacional con el régimen de seguridad social, a diferencia de lo que sucede con los demás trabajadores en Colombia.

Pues bien, el mencionado Fondo tiene como objetivos (i) efectuar el pago de prestaciones sociales del personal afiliado; (ii) garantiza la prestación de los servicios médico-asistenciales que contrata con ciertas entidades, de conformidad con las instrucciones que al respecto imparta el Consejo Directivo del Fondo; (iii) velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes; y (iv) propender porque todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.

En cuanto a la naturaleza jurídica del Fondo, la Corte ha considerado que (i) se trata de una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica y cuyos recursos son administrados por una Sociedad de Economía Mixta, de carácter indirecto del orden nacional, (Fiduciaria La Previsora S.A.), vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica y autonomía administrativa; (ii) es el encargado tanto del reconocimiento de dichas prestaciones, con un visto bueno previo de la fiduciaria, como de su pago; (iii) al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio tiene asignada la función, entre otras, de determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridades en que serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo para garantizar así una distribución equitativa de los recursos, si existe disponibilidad presupuestal se imparte visto bueno a las solicitudes[3]; y (iv) hay que compaginar el subsistema de los servicios médicos asistenciales del Magisterio con las normas de la Constitución Política y no se puede afirmar por consiguiente que aquél ha quedado por fuera del sistema constitucional de seguridad social en salud.

(...)

De igual manera, es preciso señalar que las prestaciones sociales que paga el Fondo son las que reconozcan la Nación y las entidades territoriales, prestando asimismo servicios de salud a sus afiliados.

Así las cosas, en cuanto a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, conservan su régimen retroactivo; por el contrario, a partir del 1º de enero de 1990, para los docentes del orden nacional y demás vinculados a partir de esa fecha, las cesantías se liquidan anualmente sin retroactividad, pagando el Fondo un interés anual sobre el saldo de las mismas existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

En suma, en materia prestacional los docentes cuentan con régimen especial, gestionado por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, organismo que, mediante la celebración de un contrato de fiducia, atiende las prestaciones sociales de los docentes en lo

[3] Sentencia T- 255 de 2000.

> relacionado con salud, pensiones y cesantías, para lo cual efectúa el pago de las prestaciones económicas y garantiza la prestación de los servicios médico-asistenciales, amén de administrar el recaudo de los recursos destinados a tales fines. En otras palabras, y contrario a lo sostenido por el demandante, el régimen especial de los docentes en Colombia no se encamina a discriminarlos sino a protegerlos y favorecerlos, dada la importante labor que desempeñan para la sociedad y el Estado"

En la misma providencia, el Tribunal Constitucional concluyó que:

> "Ahora bien, en el caso concreto del régimen especial de los docentes, el cual abarca tanto aspectos de seguridad social, como lo es el suministro de servicios médico-asistenciales y de pensiones, como prestacionales, tales como el régimen de cesantías y vacaciones, la Corte estima que las líneas jurisprudenciales señaladas resultan ser plenamente aplicables en el sentido de que la existencia de un régimen propio o especial para unos determinados trabajadores no resulta per se violatorio del principio de igualdad, lo cual no obsta para que se puedan plantear cargos de igualdad cuando quiera que un ciudadano considere que algún aspecto del régimen especial de los docentes, sea en temas prestaciones o de seguridad social propiamente dicha, resulte violatorio del derecho a la igualdad. En suma, los docentes cuentan con un régimen especial en materia de cesantías, pensiones y salud, sistema que debe ser entendido como un todo, sin que sea dable examinar aisladamente cada de una de ellas, y en tal sentido, prima facie, no resultan comparables la manera como se administran, liquidan y cancelan las cesantías de los docentes con aquéllas de los trabajadores sometidos a la Ley 50 de 1990."

El artículo 6 de la Ley 60 de 1993[4], establece que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se

---

[4] ***Artículo 6º.-*** *Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales*
Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.
Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute.
El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial*.*
Las sumas por concepto de provisiones y aportes para la atención del pago de las prestaciones del personal docente del orden territorial a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán giradas al mismo por las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley. El valor actuarial del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deban trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se determinará, para estos efectos, con base en la liquidación que se realice con cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos.
El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992.
Las funciones de dirección del sistema de salud, se realizarán a través de las direcciones locales, distritales y seccionales según las competencias definidas en la presente ley. Las entidades prestadoras de servicios de salud, estarán dotadas de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, en concordancia con el parágrafo 1o. del artículo 19 de la Ley 10 de 1990, y se les aplicará el régimen de personal previsto en el artículo 26 de dicha ley. En virtud de las autorizaciones de la Ley 4a. de 1992 el CONPES social establecerá los reajustes salariales máximos que podrán decretar o convenir las entidades territoriales. Igualmente establecerá los parámetros de eficiencia técnica y administrativa que podrán considerarse para la expansión de las plantas de personal y los sistemas de control de gestión por parte de las entidades territoriales, sin perjuicio de su autonomía que al respecto consagra la Constitución Política. El Gobierno Nacional establecerá un programa de estímulos a la eficiencia técnica y administrativa de los

incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, al tiempo que determinó que el personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal debía ser incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, respetando el régimen prestacional vigente de la entidad territorial que los haya vinculado.

El Decreto 3752 de 2003, reglamentó los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 con relación al proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previéndose lo siguiente:

> **"Artículo 1º.** Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. **Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio,** previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004. (Negrillas y subrayas propias).
>
> **Parágrafo 1º.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar.** (Negrillas fuera del texto).
>
> **Parágrafo 2º.-** Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.
>
> **ARTÍCULO 2º.- Prestaciones sociales causadas.** Se entiende por causación de prestaciones el cumplimiento de los requisitos legales que determinan su exigibilidad.
>
> **Las prestaciones sociales de los docentes causadas con anterioridad a la afiliación al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones estarán a cargo de la respectiva entidad territorial o de la entidad de previsión social a la cual se hubieren realizado los aportes.** (Negrillas y subrayas propias).

---

sectores de salud y educación y se abstendrá de participar en programas de cofinanciación cuando las entidades territoriales de que trata la presente ley, no demuestren eficiencia o no efectúen la expansión racional de sus plantas de personal.

Parágrafo 1º.- INEXEQUIBLE. *Los docentes temporales vinculados por contrato a los servicios educativos estatales antes del 30 de junio de 1993 que llenen los requisitos de la carrera docente, serán incorporados a las plantas de personal de los departamentos o de los distritos en donde vienen prestando sus servicios, previo estudio de necesidades y ampliación de la planta de personal. La vinculación de los docentes temporales será gradual, pero deberá efectuarse de conformidad con un plan de incorporación que será proporcional al incremento anual del situado fiscal y con recursos propios de las entidades territoriales y en un término no mayor a los seis años contados a partir de la publicación de la presente Ley.* ***Corte Constitucional Sentencia*** *C-555 de 1994.*

Parágrafo 2º.- *La Nación, por intermedio del Ministerio de Educación Nacional, establecerá y llevará el registro único nacional de todos los docentes vinculados a los servicios educativos estatales. Este registro se organizará con el fin de tener un sistema integrado de información que, entre otros, permita gestionar los traslados de docentes entre entidades territoriales, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2127 de 1992. El Gobierno Nacional reglamentará lo dispuesto en este parágrafo" (negrillas fuera del texto).*

> Las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones serán reconocidas de conformidad con lo que establezca la Ley y se pagarán por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
>
> Sin perjuicio de lo anterior, el reconocimiento y pago de prestaciones sociales que se causen a favor de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se limitará al período de cotizaciones que haya efectivamente recibido el Fondo y al valor del pasivo actuarial que le haya sido efectivamente cancelado"

Del recuento normativo, se concluye que todos los empleados docentes deben estar afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que fue creado mediante la Ley 91 de 1989 y que entró a regir a partir del 29 de diciembre de 1989.

3.3.2. De los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, el FOMAG es una cuenta especial de la Nación, manejada por una Fiduciaria, cuyos recursos provienen de diversas fuentes. En ese sentido, el artículo 8 de la misma ley señala:

> El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:
> 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.
> 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 Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.
> 4. 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.
> 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.
> 6. El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4a. 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.
> 8. 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.
> 9. Las utilidades provenientes de las inversiones que haga el Fondo con fines de rentabilidad y los intereses recibidos por concepto de los préstamos que conceda.
> 10. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.
> Parágrafo: 1. 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.

El Decreto 196 de 1995, "*por medio del cual se reglamentan*

parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones", en su artículo 12 y siguiente habló de los recursos del FOMAG y los giros periódicos:

> **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.
> Las responsabilidades, garantías y sanciones por el incumplimiento de lo aquí previsto, serán pactadas expresamente en dicho convenio.

Por su parte, el artículo 18 de la Ley 715 de 2001, dispuso:

> 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.

El Decreto 3752 de 2003, en relación con este aspecto, dispuso:

Artículo 7°. Transferencia de recursos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.*

Artículo 8°. Reporte de información de las entidades territoriales*. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior.*

Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 1°. *El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar.*

Parágrafo 2°. *Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.*

Artículo 9°. Monto total de aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*. La sociedad fiduciaria*

administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.

El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.

***Parágrafo 1°.** La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en que el ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.*

***Parágrafo 2°.** Hasta tanto se disponga de la información reportada por los entes territoriales, el cálculo para determinar el valor a girar por concepto de aportes de ley se realizará con base en la información que de cada ente territorial reposa en la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y las novedades reportadas. En el caso de los denominados docentes Nacionales y Nacionalizados se tomará como base de cálculo la información reportada al Ministerio de Educación Nacional y a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo.*

***Artículo 10. Giro de los aportes.** El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos.*

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000"

***Artículo 11. Ajuste de cuantías**. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes.*

Visto lo anterior, puede inferirse que el FOMAG es un gran depósito que se alimenta de todos los dineros que le entregan todas las entidades involucradas, en virtud de las normas descritas, de manera que el fondo recibe los recursos y su administradora dispone de ellos, de acuerdo con las necesidades, en aplicación del principio de unidad de caja, como quedó evidenciado en la Ley 1955 de 2019, artículo 57:

> **ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
> Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.
> Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.
> Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.3.3. De la sanción moratoria por falta de consignación de las cesantías contemplada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990

El régimen regulado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990[5], mediante el cual el empleador tiene la obligación de liquidar de manera definitiva, a

---

[5] El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:
1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.
2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.
3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.
4ª. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.
5ª. Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto.
6ª. Los Fondos de Cesantía serán administrados por las sociedades cuya creación se autoriza, y cuyas características serán precisadas en los decretos que dicta el Gobierno Nacional, en orden a:
a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;
b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.

favor del empleador, las cesantías causadas hasta el 31 de diciembre de cada año, por la anualidad o por la fracción que hubiere laborado durante el año, cuyo valor debe ser consignado hasta antes del 15 de febrero del año siguiente, al respectivo fondo de cesantías, fue extendido a los servidores territoriales por expresa disposición del artículo 13 de la Ley 344 de 1996, que señala:

> **"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.".

Este régimen anualizado, prevé la regulación de una sanción moratoria por falta o retardo en la consignación del auxilio de cesantías de los servidores en los fondos privados, la cual se encuentra regulada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, así:

> (…)
> 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 día de retardo".

Ello indica que, la falta de consignación de las cesantías dentro del plazo regulado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es constitutiva o generadora de la sanción a cargo del empleador y en beneficio del empleado, la cual consiste en el pago de un día de salario por cada día de salario, sanción que opera por el simple transcurso del tiempo[6].

Posteriormente, el Decreto 1582 de 1998 extendió le régimen anualizado de cesantías a los empleados del nivel territorial:

> "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"

7ª. Todos los aspectos que no se modifiquen específicamente por esta Ley, continuarán regulados por las normas vigentes del régimen tradicional relativas al auxilio de cesantía.
PARÁGRAFO.- *En el evento que los empleadores deban efectuar la liquidación y consignación de la cesantía a que se refiere este artículo y no existan suficientes Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantías autorizadas para funcionar, el Gobierno Nacional podrá transitoriamente autorizar a otras entidades u ordenar a las instituciones financieras con participación estatal mayoritaria para que cumplan las funciones de Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía.*

[6] Al respecto, Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A. Sentencia del 11 de mayo de 2017. Expediente: 23001233300020120009 7-01 N.º Interno: 1059-2014 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Vicente Gregorio Álvarez Morales Demandado: Municipio de San Andrés de Sotavento. C.P. WILLIAM HERNANDEZ GÓMEZ.

Reseñado lo anterior si bien el sistema de cesantías para los docentes es al anualizado establecido en la Ley 91 de 1989, no existe norma que explícitamente extienda la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 a los docentes beneficiarios del régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989.

No obstante, la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU – 098 de 17 de octubre de 2018, indicó que en aplicación al principio de favorabilidad, la sanción por mora regulada en la Ley 50 de 1990 también le aplicaba a los docentes. Sobre el particular, el fallo señaló:

> "(…) Así las cosas, aunque los jueces contencioso administrativos expusieron que la anterior normativa no era aplicable a los docentes del sector oficial porque se encuentran cobijados por un régimen especial, y que la norma remite a las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, de lo cual concluyeron que estaban excluidos, omitieron realizar una lectura de la norma en todo su contexto y a la luz de la interpretación que estuviera conforme a la Constitución.
>
> De esta manera, la Sala no comparte el anterior razonamiento, puesto que precisamente las normas que se encuentran en la disposición, en particular, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996. Al respecto, las autoridades judiciales interpretaron el aparte "sin perjuicio de (…) lo estipulado en la Ley 91 de 1989" bajo un entendimiento restrictivo, en el sentido de que los docentes estaban excluidos de este contenido de manera categórica.
>
> 65. No obstante, como quedó visto en la parte considerativa de esta providencia, existe otra interpretación sobre el alcance de esta norma. Así, en varios pronunciamientos del Consejo de Estado sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en virtud de lo dispuesto en la Ley 50 de 1990 se establece que aunque en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y el Decreto Reglamentario 1582 de 1998 se extiende el régimen de liquidación y pago de las cesantías a los servidores públicos del nivel territorial, también lo es que, en materia prestacional los docentes que se vincularon con posterioridad al 1° de enero de 1990 -que sería el caso del actor, pues su vinculación se efectúo el 31 de marzo de 2003- se encuentran sometidos a las normas de los empleados públicos del orden nacional, según lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
>
> 66. Bajo esta perspectiva, dichos fallos del Consejo de Estado concluyen que no es que los docentes estén excluidos de lo dispuesto en la norma, sino que no son destinatarios de la sanción moratoria que se extendió a los servidores públicos del orden territorial porque no cumplen los requisitos de: (i) reunir la condición territorial ni (ii) estar afiliados a un fondo privado administrador de cesantías de aquéllos creados por la Ley 50 de 1990, pues para eso se creó el FOMAG.
>
> 67. Una vez realizada la anterior aclaración, encuentra la Corte que existe una interpretación favorable al actor que no se tuvo en cuenta por el despacho ni la Corporación Judicial, y que se encuentra en el mismo contenido de la disposición en comento, pues allí se establece, en lo pertinente, que los empleados públicos que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del Decreto 1252 de 2000 –el actor se vinculó el 31 de marzo de 2003- tienen derecho al pago de las cesantías en los términos establecidos en la Ley 50 de 1990 y que lo allí dispuesto se aplica aún en el evento en que el servidor público se rija por un régimen especial que regule las cesantías.

Además, el parágrafo del artículo 1° del Decreto 1252 de 2000 consagra que los fondos que administran y pagan las cesantías a los servidores referidos seguirán haciéndolo, dentro de los cuales está incluido el fondo del FOMAG. Por tanto, la interpretación que permita concluir que dicha sanción moratoria no es aplicable al actor bajo el argumento de que no cumple la condición de pertenecer a la categoría de servidor público territorial ni la de encontrarse afiliado a un fondo privado, también puede entenderse de manera distinta a la luz de lo dispuesto en el parágrafo precitado.

En este punto, vale aclarar que la Sección Segunda del Consejo de Estado en el escrito de impugnación sostuvo que el régimen especial de los docentes que contempla la Ley 91 de 1989 respecto a la prestación social de las cesantías es diferente al sistema anualizado previsto en las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996. Sin embargo, esta misma Corporación en Sentencia del 14 de junio de 2018 aclaró que: "De las normas expuestas en precedencia, se establece que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 los docentes que se vinculen a partir de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los **empleados públicos del orden nacional que establece un sistema anualizado, sin retroactividad y pago de intereses a sus beneficiarios**"[7] (Subraya fuera de texto).

Agregado a lo anterior, como ya se mencionó, el régimen anualizado que establece la Ley 50 de 1990 se extendió al sector público. Específicamente, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 estableció un nuevo régimen de cesantías anualizado y sistema aplicable a las personas que se vincularan con el Estado con posterioridad a su entrada en vigencia. Por otra parte, el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 acogió la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Realizada la anterior aclaración, esta Corporación considera que, en el régimen anualizado, aplicable al caso de los docentes vinculados después de 1990 y 1996, es lógico que se exija la afiliación y el pago oportuno del auxilio de cesantías, ya que la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. Sin duda, este sistema solo puede ser equitativo si las personas pueden contar con su pago de forma oportuna para poder disponer de la prestación en cualquiera de los eventos en que se permite, esto es, ante el desempleo, para financiar la educación propia, de compañeros permanentes, de los hijos o dependientes[8] y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda[9].

---

[7] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

[8] Ley 50 de 1990. "*Artículo 102º.- El trabajador afiliado a un Fondo de Cesantía sólo podrá retirar las sumas abonadas en su cuenta en los siguientes casos:*
1. Cuando termine el contrato de trabajo. En este evento la Sociedad Administradora entregará al trabajador las sumas a su favor dentro de los cinco (5) días siguientes a la presentación de la solicitud.
2. En los eventos en que la legislación vigente autoriza la liquidación y pago de cesantía durante la vigencia del contrato de trabajo. El valor de la liquidación respectiva se descontará del saldo del trabajador desde la fecha de la entrega efectiva.
3. Para financiar los pagos por concepto de matrículas del trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente y sus hijos, en entidades de educación superior reconocidas por el Estado. En tal caso el Fondo girará directamente a la entidad educativa y descontará el anticipo del saldo del trabajador, desde la fecha de la entrega efectiva.
Parágrafo. El trabajador afiliado a un fondo de cesantías también podrá retirar las sumas abonadas por concepto de cesantías para destinarlas al pago de educación superior de sus hijos o dependientes, a través de las figuras de ahorro programado o seguro educativo, según su preferencia y capacidad".

[9] Código Sustantivo del Trabajo. "*Artículo 256. Financiación de viviendas. <Artículo modificado por el artículo 18 del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>*
1. Los trabajadores individualmente, podrán exigir el pago parcial de su auxilio de cesantía para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda, siempre que dicho pago se efectúe por un valor no mayor del requerido para tales efectos.
2. Los {empleadores} pueden hacer préstamos a sus trabajadores sobre el auxilio de cesantía para los mismos fines. (…)".

> Adicionalmente, cabe anotar que, como quedó visto, una interpretación restrictiva de la aplicación de la sanción moratoria incurriría en un trato desigual de los docentes frente a otros trabajadores del Estado que gozan de la sanción como garantía de la prestación. Esta distinción viola el derecho a la igualdad toda vez que los docentes tendrían un derecho limitado por tener una categoría específica dentro de los trabajadores estatales, lo cual no constituye un motivo valido en sí mismo para negar su acceso.
>
> Si bien se ajusta a la Constitución la creación de regímenes especiales, inclusive dentro de los trabajadores del Estado, en este caso se trata de una prestación exigible para todos los trabajadores, por lo cual la discusión está en su forma de garantía. El derecho a la igualdad exige que no se hagan distinciones injustificables entre sujetos asimilables. Los docentes hacen parte de los empleados públicos, a quienes, en general, les aplica la sanción moratoria. En tal medida, se trata de un escenario en el cual todos gozan de una prestación, el auxilio de cesantías, que garantiza la subsistencia ante el desempleo y el acceso a la educación y vivienda. Por ello, un acercamiento que disminuye la protección de la garantía a unos en perjuicio de los otros viola el derecho a la igualdad.
>
> Como se advirtió, los docentes se encuentran en la categoría de los empleados públicos y no existe razón que justifique que en su calidad de trabajadores no tengan derecho, de la misma forma que los demás servidores públicos, a que sus prestaciones sociales sean canceladas en tiempo. Una interpretación contraria no protegería a estas personas en la misma forma que a otros servidores públicos, lo cual tendría como consecuencia la restricción de su posibilidad de gozar de la garantía del pago oportuno del auxilio de cesantías y, a su vez, de las protecciones ya mencionadas que se derivan de esa prestación.
>
> 68. Para la Sala, la anterior interpretación no resulta incompatible con el régimen especial que regula la figura del auxilio de cesantías de los docentes porque no afecta los requisitos, términos y competencia para su reconocimiento ni afecta el derecho de los docentes a esta prestación como tampoco genera exclusiones entre los docentes del magisterio, lo cual, al parecer, si se derivaría de la interpretación según la cual solo los docentes del sector territorial tendrían derecho a esta consecuencia legal por el incumplimiento de la consignación de la prestación social del auxilio de cesantías.
>
> Sumado a lo anterior, el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que hipótesis como las que ahora se encuentran bajo estudio pueden desconocer el derecho a la igualdad. (…)
>
> De conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.
> (…)".

En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha emitido varios pronunciamientos sobre la materia[10]. Al respecto, en sentencia de fecha

[10] Ver Sentencias del cinco (5) de noviembre de dos mil veinte (2020) dentro del radicado # 08001-23-33-000-2014-00123-01(2864-17), quince (15) de octubre de dos mil veinte (2020) dentro del radicado # 08001-23-33-000-2015-00100-01(0087-18), veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2020), dentro del radicado # 08001-23-33-000-2014-00322-01(2734-17) y dos (2) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), dentro del radicado # 08001-23-33-000-2014-00184-01(0761-16),entre otras, relacionadas en la Relatoría del Consejo de Estado.

26 de noviembre de 2020[11] la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado, sostuvo:

> "Sin embargo, por vía de acción de tutela, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado[12] han considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso.
>
> En efecto, sobre ese particular, la Corte Constitucional en sentencia SU-098/18[13] sostuvo que el «hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política».
>
> De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando el «ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000». Y finalmente, concluyó:
>
> Realizada la anterior aclaración, esta Corporación considera que, en el régimen anualizado, aplicable al caso de los docentes vinculados después de 1990 y 1996, es lógico que se exija la afiliación y el pago oportuno del auxilio de cesantías, ya que la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. Sin duda, este sistema solo puede ser equitativo si las personas pueden contar con su pago de forma oportuna para poder disponer de la prestación en cualquiera de los eventos en que se permite, esto es, ante el desempleo, para financiar la educación propia, de compañeros permanentes, de los hijos o

[11] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A", C.P. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, Sentencia del veintiséis (26) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación No.: 08001-23-33-000-2014-00003-01(1371-17), Actor: MIRALBA ESTHER OLMOSFIGUEROA, Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO - MUNICIPIO DE SABANALARGA.
[12] Ver, entre otras, sentencias del Consejo de Estado, del 17 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04617-01, Sección Tercera, M.P. y del 28 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04679-01, Sección Primera, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.
[13] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

dependientes[14] y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda[15].

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

[…]

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

[…]

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

[…]

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

Recientemente, en sentencia SU-332 de 2019[16] esa Corporación también concluyó que:

---

[14] Cita propia del texto transcrito «Ley 50 de 1990. "*Artículo 102º.- El trabajador afiliado a un Fondo de Cesantía sólo podrá retirar las sumas abonadas en su cuenta en los siguientes casos:*
1. Cuando termine el contrato de trabajo. En este evento la Sociedad Administradora entregará al trabajador las sumas a su favor dentro de los cinco (5) días siguientes a la presentación de la solicitud.
2. En los eventos en que la legislación vigente autoriza la liquidación y pago de cesantía durante la vigencia del contrato de trabajo. El valor de la liquidación respectiva se descontará del saldo del trabajador desde la fecha de la entrega efectiva.
3. Para financiar los pagos por concepto de matrículas del trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente y sus hijos, en entidades de educación superior reconocidas por el Estado. En tal caso el Fondo girará directamente a la entidad educativa y descontará el anticipo del saldo del trabajador, desde la fecha de la entrega efectiva.
Parágrafo. El trabajador afiliado a un fondo de cesantías también podrá retirar las sumas abonadas por concepto de cesantías para destinarlas al pago de educación superior de sus hijos o dependientes, a través de las figuras de ahorro programado o seguro educativo, según su preferencia y capacidad"».
[15] Cita propis del texto transcrito «Código Sustantivo del Trabajo. "*Artículo 256. Financiación de viviendas. <Artículo modificado por el artículo 18 del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>*
1. Los trabajadores individualmente, podrán exigir el pago parcial de su auxilio de cesantía para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda, siempre que dicho pago se efectúe por un valor no mayor del requerido para tales efectos.
2. Los {empleadores} pueden hacer préstamos a sus trabajadores sobre el auxilio de cesantía para los mismos fines. (…)"».
[16] Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

> 52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. [Negrilla fuera de texto]
>
> Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990."

Criterio que igualmente fue acogido por la Subsección "B" de la Sala Laboral, en Sentencia del 10 de septiembre de 2020[17], así:

> "Conforme a la normativa transcrita se tiene entonces que los docentes oficiales que se vincularon a partir del 1° de enero de 1990 les es aplicable el régimen de cesantías anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990, que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social con pago de intereses, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de retardo."

En esa misma lógica, esta Corporación ha aceptado que en virtud del principio de favorabilidad es posible dar aplicación a la sanción moratoria fijada en la Ley 50 de 1990, **bajo el presupuesto de docentes que por alguna razón no habían sido afiliados al Fomag por parte del respectivo ente territorial y se les adeudaban las cesantías causadas**, aspecto fáctico que se comparte con cada una de las sentencias citadas en precedencia y ello daba lugar el reconocimiento de las cesantías y consecuentemente al pago de la sanción moratoria respectiva, en caso de no hallarse prescrita. Recientemente, la Sala Primera de Decisión Oral de este Tribunal enfatizó dicha posición[18]:

> *"Así las cosas, el criterio actual apunta a que a partir del 1º de enero de 1990 a los docentes le es aplicable el régimen de cesantías anualizados consagrado en la Ley 50 de 1990, así como la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, en aquellos casos que: i) los entes territoriales omitieron afiliar al docente al FOMAG, en cumplimiento a lo reglado en el Decreto 3752 de 2003, trayendo ello como consecuencia, que no se consignaron sus cesantías en el FOMAG y cuando los ii) los entes territoriales realizan la afiliación, pero omiten trasladar al citado fondo las cesantías causadas a favor del docentes antes de su vinculación al FOMAG, siempre que las mismas no hubieran sido consignadas de manera* oportuna en otro fondo o reconocidas y pagadas al interesado".

---

[17] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION B, C.P.: CARMELO PERDOMO CUÉTER, Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00053-01(2017-16), Actor: JOSEFINA LECHUGA CUENTAS, Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG), DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO Y MUNICIPIO DE SABANALARGA.

[18] Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Primera de Decisión Oral, sentencia de 12 de abril de 2023, radicado: 70-001-23-33-002-2022-00028-01. M.P.: Rufo Arturo Carvajal Argoty.

No cabe ningún otro entendimiento de dichas normas, puesto que el régimen anualizado de cesantías, fijado en la Ley 91 de 1989, difiere del marco establecido en la Ley 50 de 1990. Para la liquidación de las cesantías docentes, se realiza un reporte anual con destino al fondo común (FOMAG) y sobre el saldo acumulado se liquida el interés a las cesantías, sin que se establezca una consignación a una cuenta particular del afiliado, en tanto, las sumas consolidadas serán canceladas directamente al docente cuando medio una solicitud de retiro parcial y/o definitiva.

Frente al procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Acuerdo 39 de 1998, en su artículo 2, dispuso:

> *"La entidad territorial o el establecimiento público educativo oficial, debe remitir a la Oficina Regional del Fondo Nacional del Magisterio a cargo de la Secretaria de Educación del Departamento o del Distrito Capital, las liquidaciones anuales de cesantías en firme del grupo de docentes"* afiliados a "FOMAG", "*discriminando los docentes de acuerdo al tipo de vinculación que tenían antes de la certificación de la entidad territorial, es decir, financiado, cofinanciado, nacional, recursos propios, establecimiento propios*"

A su paso, los artículos siguientes establecieron los plazos para hacer efectiva dicha remisión de información:

> *Artículo 3: 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". La Oficina Regional del Fondo del Magisterio dispondrá de diez (10) días hábiles, contados a partir de la fecha de recibo de la información por parte de la entidad territorial o del establecimiento público educativo oficial, para remitir la información debidamente verificada a la entidad Fiduciaria que administrativa los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. De igual término dispondrá para la devolución a la Dependencia o Entidad respectiva, en el caso que la información presente inconsistencias (…).*
>
> *Artículo 4: 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 recurso del Fondo a más tardar el cinco (5) de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a le Entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el seis (6) de febrero y hasta el quince (15) de marzo de cada año". En los casos en que la entidad territorial reporte la información con posterioridad a esa fecha, la entidad fiduciaria, programará pagos posteriores, de lo cual informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

Finalmente, en virtud del referido acuerdo, el FOMAG emitió el Comunicado No. 008 del 11 de diciembre de 2020, mediante el cual modificó la fecha de reporte de cesantías para todas las Secretarías de Educación del país, hasta el 5 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".

3.3.4. Solución del caso y respuesta al problema jurídico

De acuerdo con el material probatorio allegado al expediente está demostrado que el demandante está vinculado al servicio docente en el municipio de Ovejas y en esa calidad se encuentra afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al expediente se aportó derecho de petición dirigido al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al ente territorial, a nombre de la demandante, radicado SUC2021ER008717 del 12 de julio de 2021, a través del cual solicitó lo siguiente:

> *"1. Se le reconozca y pague al docente que actúa como SOLICITANTE en esta petición, 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 la entidad territorial acredite el pago en la Fiduciaria la Previsora S.A., entidad encargada de administrar los recursos de la cuenta especial de la Nación-FOMAG, que a la fecha de presentación de esta petición no ha sido cancelada.*
> *2. Se le reconozca y pague al docente que actúa como SOLICITANTE en esta petición, la SANCIÓN POR MORA – INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 152 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.*
> *3. Ordenar el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de las SANCIONES MORATORIAS referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones, tanto de los intereses, como del pago de la cesantía, cancelados de manera tardía ambos en la vigencia correspondiente al año 2021 para mi mandante, pero corresponden a su trabajo como servidos público del año 2020 y hasta el momento en que se efectúen o efectuaron los pagos".*

Mediante oficio 700.11.03/SE OPSM-355-2021, la Secretaría de Educación Departamental informó al demandante que su petición fue enviada a La Fiduprevisora, como entidad encargada de estudiar su solicitud.

El 12 de julio de 2021, la parte actora presentó petición ante la Secretaría de Educación, radicado: SUC2021ER008718, con las siguientes peticiones:

> *"1. Sírvase indicarme en qué fecha exacta, fueron consignadas por parte de esta entidad territorial, como patrono las cesantías de mi representado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL*

MAGISTERIO y que causó como servidor público al servicio de esta entidad territorial de conformidad con lo establecido en la ley 60 de1993 y ley 715 de 2001, en la vigencia del año 2020.
2. Sírvase enviarme copia de la respectiva consignación o planilla utilizada para estos efectos, donde aparezca el nombre de mi representado, el valor exacto consignado y la copia del CDP que fue realizado para realizar el respectivo trámite presupuestal que ocasionó la erogación del gasto por este concepto.
3. Si la acción descrita en el numeral 2 de esta petición, obedece a que esta entidad, solo se realizó algún reporte a la Fiduciaria o el FOMAG, sin haber realizado algún pago – consignación – por concepto de las cesantías que corresponden a la vigencia del año 2020, sírvase expedir la respectiva constancia de este documento del reporte o informarme sobre el trámite dado a esta cancelación.
4. Expídase a mi costa, copia del acto administrativo, que ordenó el reconocimiento de esta cesantía anual a mi representado, por laborar el año 2020, al servicio de esta entidad territorial y que dio nacimiento a la consignación por parte de esta entidad a la acreencia cancelada en el Fomag. De lo contrario infórmeme sobre la inexistencia del acto administrativo y si se dio algún trámite para su realización.

Mediante Oficio de 2 de agosto de 2021, la Secretaría de Educación Departamental-Oficina de Prestaciones Sociales respondió la anterior petición, así:

1. En cumplimiento a lo dispuesto por el Acuerdo No.039 del 15/12/1998 adoptado por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Comunicado No.008 del 11/12/2020, y mediante oficio No. 700.11.03 S.E. No. 00070, la Secretaría de Educación Departamental de Sucre reportó a La FIDUPREVISORA S.A., el consolidado de Docentes Activos y Retirados del año 2020, a efectos del respectivo pago de las cesantías y liquidación y pago de los intereses a las Cesantías del año 2020.
2. En cuanto a la constancia de consignación, se le manifiesta que de conformidad con el ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.2. Gestión a cargo de las Secretarías de Educación. Del decreto 1272 de 2018, las secretarías de educación certificada no son pagadoras de las prestaciones de los docentes afiliados al FOMAG, estas secretarías solo tienen funciones de trámite, pues es la entidad encargada de realizar pagos es la FIDUPREVISORA S.A de los dineros girados del ministerio de educación nacional al FOMAG.
"ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.2. Gestión a cargo de las Secretarías de Educación. La atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones económicas que reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será efectuada a través de la entidad territorial certificada en educación o la dependencia que haga sus veces. Para tal efecto, la entidad territorial certificada en educación correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:
1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico. las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones económicas, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.

2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normativa vigente.

3. Subir a la plataforma que se disponga para tal fin el proyecto de acto administrativo debidamente digitalizado con su respectivo expediente para que sea revisado por la sociedad fiduciaria.

4. Suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas, de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites

> administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley y en esta Subsección.
>
> 5. Remitir a la sociedad fiduciaria copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones económicas, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos del pago.
>
> PARÁGRAFO. " Todos los actos administrativos que sean expedidos por la entidad territorial certificada en educación, a través de los cuales se reconozcan prestaciones económicas a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberán contar con la aprobación previa por parte de la sociedad fiduciaria, so pena de incurrir en las responsabilidades de carácter disciplinario, fiscal y penal correspondientes."
>
> 3. Una vez revisada las bases de datos referentes a las cesantías tramitadas en el año 2020, se pudo constatar que el docente HERNANDO MANUEL CHAMORRO SIMANCA no tramitó solicitud de reconocimiento y pago de cesantías para el año 2020.

Se adjuntó al proceso una respuesta brindada por Fomag, sin destinatario, con lo cual no existe evidencia de que esté dirigido al actor o tenga alguna relación con él, ni de su contenido se puedo inferir esa conclusión.

De acuerdo con el extracto de intereses a las cesantías del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al demandante se le cancelaron intereses a las cesantías desde el año 1995 hasta el año 2020, el último de ellos pagado el 27 de marzo de 2021.

En esta ocasión pretende la parte actora que se reconozca la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación oportuna de sus cesantías a 15 de febrero de 2021 en su cuenta particular en el Fomag. Considera la parte demandada que no había lugar al reconocimiento de la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías porque no se trataba de subcuentas a nombre de cada uno de los titulares o beneficiarios de las prestaciones económicas en las que se debiera realizar el depósito, como funcionaba en los fondos privados; por el contrario, se trataba de una cuenta global en las que se disponían los recursos de acuerdo al número de solicitudes presentadas por los docentes de manera gradual cada año.

Bajo ese entendido, esta Sala advierte que en virtud del régimen especial de cesantías predicable a los docentes, no hay lugar a conceder el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 por el no pago o pago tardío de las cesantías y los intereses de las cesantías.

Es claro para esta Corporación que ello no es posible, entre otros, porque el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene una naturaleza jurídica especial, como una cuenta única en la que reposan los recursos destinados al pago de las prestaciones económicas de los docentes, que se van repartiendo en la medida en que van llegando las solicitudes de sus beneficiarios, de modo que su único requisito es que

siempre cuente con dineros para atender las peticiones, sin que sea viable mantener estático el capital de cada empleado.

Al respecto, se advierte que los recursos que se transfieren al Fondo son aportados durante la misma vigencia fiscal del año en que se causan las prestaciones, en este caso, las cesantías de los docentes, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 3752 de 2003 citado en precedencia, con lo cual no es posible, bajo ningún escenario, aceptar que existe una "*consignación*" tardía, pues los dineros reposan en el fondo de manera anticipada, es decir, antes de 15 de febrero de cada año.

Además, para esta Sala es importante destacar que la relación jurídica laboral existente entre los docentes y el Estado adquiere una connotación relevante y especial, dadas las características especialísimas en que el legislador la reguló, toda vez que el empleador es la entidad territorial a la cual se encuentra adscrito el profesional, pero los pagos por concepto de prestaciones sociales, pensión y servicios médico asistenciales se encuentran a cargo del FOMAG, es decir que se trata de una relación tridimensional, con específicas funciones y atribuciones.

En ese sentido, la Ley 50 de 1990, artículo 99, exige que sea el empleador el que liquide y consigne las cesantías a una cuenta que el mismo trabajador elija, así como que pague sus intereses, es decir, que se identifican o igualan las figuras de empleador y pagador:

> El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:
> 1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.
> 2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.
> 3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.
> 4ª. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.
> (…).
> **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.

Lo anterior no ocurre en el caso de los maestros, bajo el siguiente esquema.

	Empleador	Pagador

Docente	Entidad territorial	FOMAG
	Solo liquida–no tiene obligación de pago	No es empleador–solo pagador

No existe en el ordenamiento jurídico algún instrumento que permita identificar o igualar la forma en que opera el fondo de los docentes que es administrado por una Fiduciaria a un fondo de carácter privado, en el que existen subcuentas para cada uno de sus afiliados, lo que es indicativo de que el legislador no quiso darle el mismo tratamiento o equipararlos. En esos términos ha sido entendida la naturaleza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por el Consejo de Estado[19]:

> "De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998[20] 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".

De otro lado, las sentencias emitidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado citadas, tenían en común que se trataba de docentes que no estaban afiliados al Fomag, y el ente territorial mantenía la responsabilidad de consignación de las cesantías en tiempo en la subcuenta del fondo al que estuviera afiliado, por lo cual les resultaba aplicable la norma en cuestión, en virtud del principio de favorabilidad; no obstante, en esta oportunidad se trata de una docente que estando afiliada al Fomag demanda la sanción moratoria.

El precedente judicial es válido en aquellos eventos en que concurren los mismos supuestos fácticos y jurídicos o escenario decisional, que permiten subsumir cada caso en la regla jurídica. Así las cosas, en esos asuntos en los que no se estructuren elementos coincidentes no se puede hablar de precedente obligatorio, pues cada decisión tiene efectos *inter partes* y sus consideraciones o *ratio decidendi* suponen identidad de hipótesis fácticas. El campo o radio de atracción del precedente va ligado al contexto decisional, de manera que si el mismo difiere, se justifica de manera objetiva y razonable su apartamiento e inaplicación como sub

[19] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 24 de enero de 2019, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.
[20] «Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.»

regla aplicable a un caso en particular, como en el evento que centra la atención del Tribunal.

En ese orden, considerando que son presupuestos de facto disímiles los expuestos en la demanda analizada y los esbozados en la Corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018, en los que el demandante fue nombrado como docente en el año 2003 pero fue afiliado al Fomag en el año 2007, es imposible su tratamiento igualitario. Así lo expuso la misma organización en sentencia SU-573 de 2019[21]:

> "Ahora bien, durante el trámite de la acción de tutela, los accionantes allegaron ante el juez de primera instancia la Sentencia SU-098 de 2018[[1]], por medio de la cual la Corte Constitucional resolvió sobre el "*pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en la fecha indicada en la ley, así como de los intereses y los rendimientos financieros que se causaron con dicho retardo"*. A pesar de no haber sido parte del debate procesal en sede de tutela, esta sentencia tampoco constituye un precedente aplicable al asunto *sub examine* respecto del cual se pueda evidenciar *prima facie* una amenaza de vulneración a los derechos fundamentales de los tutelantes, por cuanto: *(i)* la decisión es posterior a las providencias judiciales cuestionadas en sede de tutela y, *(ii)* no obstante la Corte se pronunció sobre la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías prevista por la Ley 50 de 1990, artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000, la ausencia de identidad fáctica también "*impide aplicar el precedente al caso concreto"*, como pasa a explicarse.

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

[21] Corte Constitucional, sentencia de 27 de noviembre de 2019, M.P.: Carlos Bernal Pulido.

		cesantías por dicho periodo.
Tipo de sanción moratoria reclamada	*El docente solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria* ***por la no consignación de las cesantías, los intereses a las cesantías ni los rendimientos.***	*Los docentes solicitaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria* ***por la no consignación oportuna de las cesantías.***

Contrario a lo dicho por el extremo demandante, la obligación del fondo es mantener disponibilidad de recursos para atender la petición particular del docente, si cumple con los requisitos para solicitar cesantías parciales y/o definitivas, y proceder a su pago en los términos del procedimiento dispuesto para tal fin, sin que para ello sea exigible la consignación de las cesantías con corte 15 de febrero del año siguiente a su causación.

No puede el demandante pretender identificar o equiparar el régimen de empleados públicos a los docentes, cuando justamente el legislador quiso establecer para este último grupo unas normas de carácter especial, que regularan su situación particular prestacional, en este caso, a través del fondo, que como se explicó tiene una naturaleza diferente. Aunque es claro el desacuerdo de la parte actora con la regulación normativa, ese hecho no invalida o vuelve ilegítimo el tratamiento dado a los docentes, que, se reitera, tienen derecho a la liquidación y pago de sus cesantías cada vez que lo soliciten, momento en el cual se debe contar con la disponibilidad de flujo de caja para el efectivo desembolso, sin que sea necesario la preexistencia de los dineros de manera particular en una cuenta.

En consecuencia, este Tribunal con fundamento en las explicitas razones expuestas previamente, confirmará la sentencia proferida el 30 de marzo de 2023, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo.

4. Costas de segunda instancia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P., la Sala no advierte prueba de su causación en segunda instancia, ante la prosperidad parcial de los recursos de alzada.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Sucre administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,**

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 30 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas de segunda instancia en razón de lo expuesto.

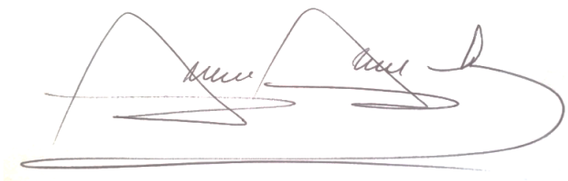
TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

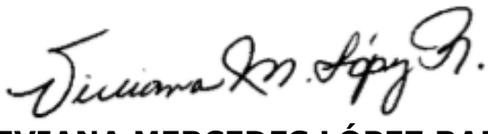
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS



TULIA ISABEL JARAVA CÁRDENAS



VIVIANA MERCEDES LÓPEZ RAMOS