

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, veintitrés (23) de junio de dos mil veintitrés (2023).

A. Interlocutorio No.: 1330
Medio de Control: Acción de Repetición
Actor(a): Fiscalía General de la Nación
Accionado: Mariano Miguel Pérez Cantillo
Radicado: 17001-33-33-002-2014-00346-00

Previo a decidir sobre la sucesión procesal del señor **Mariano Miguel Pérez Cantillo** (q.e.p.d) quien fuera demandado en este proceso, el Juzgado observa que dentro de los documentos allegados por la **Fiscalía General de la Nación** el pasado 21 de abril de 2023, no se encuentra el correspondiente registro civil de defunción.

Por lo anterior, se requiere a la **Fiscalía General de la Nación** para que aporte el documento dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jackeline García Gómez'.

JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
MANIZALES – CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO**

La providencia anterior se notifica en el Estado del 26 de junio de 2023

MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE
MANIZALES**

Manizales, veintitrés (23) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia N°: 109/2023
Radicado: 17001-33-39-007-2020-00307-00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO
Demandante: JULIAN CEBALLOS BURITICA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN -
FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Vinculado: MUNICIPIO DE MANIZALES
Instancia: PRIMERA

Procede el Despacho a dictar sentencia escrita dentro del presente medio de control. Para el efecto se tendrá en cuenta lo indicado en Audiencia Inicial respecto a las pruebas y fijación del litigio..

ANTECEDENTES:

1. La demanda

Por intermedio de apoderado judicial el señor **JULIAN CEBALLOS BURITICA**, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandó a la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** solicitando lo siguiente:

“DECLARACIONES

1. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 28 DE AGOSTO DE 2020, frente a la petición presentada el día 28 DE MAYO DE 2020, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley

244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la **NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-**, le reconozca y pague la **SANCIÓN POR MORA** establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los SETENTA (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

CONDENAS

1. Condenar a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a que se le reconozca y pague la **SANCION POR MORA** establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 a mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los SETENTA (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.
2. Que se ordene a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-** dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.)
3. Condenar a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-** al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la **SANCION MORATORIA** referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga al presente proceso.

(...)”

En cuanto a los hechos expuestos por la parte actora se tiene:

De acuerdo con la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es quien tiene competencia para el pago de cesantías de los docentes de los establecimientos educativos de carácter oficial.

El demandante solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías el 06 de diciembre de 2019; la prestación fue reconocida mediante Resolución 829 del 16 de diciembre de 2019 y cancelada el 13 de julio de 2020.

Entre la fecha de solicitud de cesantías y el pago de la prestación, transcurrieron más de 117 días por encima del plazo legalmente establecido; por ello, se ha causado el pago de la sanción por el no pago oportuno.

Se solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria; sin embargo, la administración respondió negativamente en forma ficta.

2. Trámite procesal

Mediante Auto 072 del 15 de febrero de 2021 se admitió la demanda. Con proveído del 27 de octubre de 2021 se resolvieron las excepciones previas y se ordenó vincular al municipio de Manizales.

El 19 de octubre de 2022 se resolvió el recurso de reposición presentado por el apoderado de la entidad demandada contra el auto que resolvió las excepciones previas.

El 25 de abril de 2022 se llevó a cabo la audiencia inicial decretándose las pruebas pertinentes.

Con proveído del 04 de mayo de 2023 se puso en conocimiento de las partes las pruebas documentales allegadas al proceso, y a través de providencia del 11 de mayo de 2023 se corrió traslado para alegar de conclusión.

Vencido el término de traslado de alegatos, el proceso ingresó a Despacho para proferir sentencia escrita.

3. Fijación del litigio.

Conforme a la fijación del litigio efectuado en Audiencia Inicial, se tiene lo siguiente:

PARTE DEMANDANTE: Sostuvo que las cesantías reconocidas a través de la Resolución N° 829 del 16 de diciembre de 2019 fueron canceladas con posterioridad al término de los setenta (70) días para su reconocimiento y pago como lo establece la Ley 1071 de 2006.

Afirmó que se estructuraron más de 117 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad demandada para cancelar el dinero por concepto de cesantías.

PARTE DEMANDADA: FNPSM: Afirmó que si bien la entidad territorial expidió en término el acto administrativo que reconoce las cesantías solicitadas, la mora se genera por la tardanza del municipio de Manizales en radicar la documentación ante la FIDUPREVISORA S.A., en cuanto al trámite para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas o parciales. Indica que en aplicación del parágrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, el responsable de la mora en el pago de cesantías es la Secretaría de Educación del municipio de Manizales.

PARTE VINCULADA – MUNICIPIO DE MANIZALES Sostiene que no son hechos los referentes a los términos con los que contaban las entidades para proferir los actos administrativos pertinentes, ni lo referente al término de la mora, como lo expone el demandante.

Afirma que la entidad territorial expidió el acto administrativo que reconocía las cesantías solicitadas dentro de los términos legales, cumpliendo con lo establecido en la Ley 1955 de 2019.

Expone que el término de 45 días para el pago de las cesantías una vez ejecutoriada la resolución de reconocimiento es un término que corre para el FOMAG, no para la entidad territorial.

4. Alegatos de conclusión.

Parte demandante. Mediante escrito presentado el 26 de mayo del presente año indicó que en el proceso se encuentra acreditada la calidad de docente del demandante, la fecha en la que se formuló la petición de reconocimiento de la cesantía, el acto que reconoció la prestación y la fecha en la que se canceló la cesantía reconocida, según el comprobante emitido por la FIDUPREVISORA.

Afirma que si bien se vinculó a la entidad territorial a la que está adscrito el docente con ocasión de lo contenido en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es

necesario aclarar que la única norma especial que trata el reconocimiento de sanción mora en favor de los docentes del Magisterio es el Decreto 1272 de 2018, artículo 2.4.4.2.3.2.28.

Concluyó solicitando la indexación de la sanción por mora con fundamento en lo expresado por el Consejo de Estado en sentencia del 26 de agosto de 2019 dentro del proceso con radicado 68001-23-33-000-2016-00406-01.

La **Nación Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** presentó alegatos de conclusión de forma extemporánea, por los cual no serán objeto de análisis por el Despacho.

El **municipio de Manizales** y el **Ministerio Público** guardaron silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

1. Problema y análisis jurídico.

De conformidad con lo expuesto en Audiencia Inicial, el problema jurídico a resolver se concreta en los siguientes interrogantes:

- i. **¿Debe declararse la nulidad del acto ficto configurado respecto a la petición presentada el 28 de mayo de 2020, que negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006?**

Si la respuesta al anterior problema jurídico es positiva, el despacho se formula el siguiente problema jurídico subsiguiente:

- i. **¿Tiene derecho el señor JULIÁN CEBALLOS BURITICA al reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías?**
- ii. **¿Le asiste responsabilidad al municipio de Manizales en el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías?**

Para el estudio del problema jurídico principal, el Despacho considera necesario abordar los siguientes problemas jurídicos asociados:

- 1) ¿Cuál es el carácter de la cesantía y el objeto de la sanción moratoria?;
- 2) ¿Cuál es el régimen aplicable a los docentes regulados por la Ley 91 de 1989, para el reconocimiento y pago de las cesantías?
- 3). Responsabilidad de la entidad territorial en el pago de la sanción moratoria
- 4) Caso concreto.

1.1. El carácter prestacional de las cesantías y la finalidad de la sanción moratoria por su pago tardío:

El régimen laboral colombiano consagra unas garantías y beneficios de contenido económico a favor de los trabajadores llamadas: *prestaciones sociales*; si bien no constituyen salario, porque no corresponden técnicamente a una remuneración por su trabajo, sí lo complementan y hacen referencia a una contraprestación que debe asumir el empleador con la finalidad de cubrir los riesgos a los que está expuesto el trabajador.

Dentro de las mencionadas prestaciones se encuentra el auxilio de cesantía, la cual ha sido considerada por la jurisprudencia constitucional como un derecho irrenunciable de todos los trabajadores que debe asumir el empleador; ello con el doble fin de que el empleado pueda atender sus necesidades mientras permanece cesante y además pueda, en caso de requerirlo, satisfacer otros requerimientos importantes como vivienda y educación. En la sentencia C-310 de 2007, la Corte Constitucional señaló que:

(...) la cesantía consiste en una prestación que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, estableciéndose un mecanismo que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantía-, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda.

Atendiendo este carácter, las normas laborales han dispuesto un término perentorio para que los empleadores consignen el valor de esta prestación social, so pena de incurrir en una **sanción moratoria**; debe tenerse en cuenta que el retardo del empleador causa un daño económico al trabajador, bien sea por la pérdida de la oportunidad de utilización efectiva de los fondos o por la necesidad de contratar créditos mientras se produce el desembolso.

La Corte Constitucional en sentencia SU-400 del 28 de agosto de 1997, sostuvo que el retardo en el pago de las cesantías genera una pérdida del poder adquisitivo de aquella, y que es por ello que dicho deterioro debe ser asumido por el patrono y no por el trabajador.

1.2. Régimen aplicable a los docentes regulados por la Ley 91 de 1989, para el reconocimiento y pago de las cesantías:

La Ley 91 de 1989 *“Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, regula lo concerniente a las prestaciones sociales tanto de los docentes nacionalizados como de los docentes nacionales.

En su artículo 1º, distingue a los docentes nacionales de los nacionalizados, en el sentido de que los primeros, son los que se vinculan por nombramiento del Gobierno Nacional, y los segundos, son los que se vinculan por nombramiento de la entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 43 de 1975 ¹.

El numeral 1º de su artículo 15 establece, que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, se regirá de la siguiente manera: 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, y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para los mismos efectos, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en esta ley.

De acuerdo con el artículo 15 numeral 3 de la ley 91 de 1989, de manera particular, en lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de

¹ **Ley 43 del 11 de diciembre de 1975 “Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria** que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”. **Artículo 10º.-** “En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional.

diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial. Frente a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se dispuso que se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Por su parte, la Ley 1071 de 2006, en el artículo 2º estableció su ámbito de aplicación:

Artículo 2. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro. (Subrayas del Despacho).

La misma ley, en cuanto al término para dar respuesta a la solicitud de cesantías parciales o definitivas dispuso:

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

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

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

Artículo 5º. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta

prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

Ahora bien, en sentencia de unificación de fecha 18 de julio de 2018² el Consejo de Estado definió las siguientes reglas jurisprudenciales para dar solución a los problemas jurídicos relacionados con el reconocimiento de sanción por mora en el sector docente:

“3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley³ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018.

³ Artículos 68 y 69 CPACA.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

1.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA. (Resaltado original)”

Así las cosas, en los casos de docentes oficiales por tratarse de **servidores públicos**, la moratoria en el pago de las cesantías se rige por el procedimiento contemplado en la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006; una vez presentada la solicitud, la Entidad cuenta con 15 días máximo para expedir la resolución de liquidación de las cesantías definitivas y/o parciales, 10 días de ejecutoria y 45 días hábiles para el pago, luego de los cuales empezará a correr la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. Cobra relevancia indicar sobre este aspecto que la ley no hace diferencia en los términos de reconocimiento de la cesantía y no interesa si se trata de retiro parcial o retiro definitivo; para ambos casos, el trámite tiene establecidos exactamente los mismos tiempos.

Quiere decir lo anterior que, una vez transcurridos 70 días hábiles⁴ desde la presentación de la solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas sin que se haya realizado su pago efectivo, se causa el derecho a recibir la indemnización por mora; la misma es equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo.

Ahora bien, en los eventos en los que el acto administrativo que hubiese reconocido la cesantía se hubiese reconocido dentro del término de quince (15) días siguientes a su radicación, la misma sentencia de unificación proferida por

⁴Artículo 76 del C.P.A.C.A. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de **los diez (10) días siguientes** a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez (...).

el Consejo de Estado⁵ estableció los escenarios que deben tenerse en cuenta para el cálculo de la moratoria, en razón a que los términos de notificación difieren en cada caso respecto a la forma en que se practique la misma.

Indicó la Corporación lo siguiente:

“(…) Teniendo claridad sobre la regla que procede para calcular la sanción moratoria por falta de expedición del acto de reconocimiento, o siendo tardío, adicionalmente deberá la Sala analizar la causación de la penalidad en el evento de que exista acto escrito de parte de la administración que reconoce la cesantía, sí se notifica o no, a través de qué medio o, si se renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, considerando que éstos son los momentos en que legamente se inicia el término para controvertirlo y después verificar el pago oportuno de la cesantía.”

En la sentencia referida se hace la distinción respecto al cálculo de la sanción mora cuando el acto administrativo que reconoce la cesantía se profiere dentro del término legal, situaciones que analizará el Despacho en cada caso concreto dependiendo de la forma de notificación que en tales casos se presente.

1.3. Responsabilidad de la entidad territorial en el pago de la sanción moratoria

Con relación a la incidencia de la conducta territorial en el retraso del pago de la prestación como fue expuesto en la contestación de la demanda, cabe advertir que conforme a la Ley 962 de 2005, el reconocimiento de las prestaciones sociales del personal docente oficial se encuentra atribuido al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; a los Entes Territoriales, corresponde una actividad de mera intermediación para el reconocimiento y pago de las mismas, comprometiéndose así, únicamente la responsabilidad del aludido fondo.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la Ley 91 de 1989; en su artículo 2º precisó:

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

(...) 5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente

⁵ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018.

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

Parágrafo. Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.

La citada disposición legal, en sus artículos 4º, 5º y 9º establece lo siguiente:

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 2º, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. (...)

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 9º.- 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.

Se desprende así, que las prestaciones sociales del personal docente vinculado al magisterio, a partir de la vigencia de la referida ley se encuentra a cargo de la Nación, quien procede a su cancelación a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; este último, al tenor de lo dispuesto por el artículo 3º de la citada ley 91 constituye una cuenta especial, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.

Por su parte, la Ley 962 de 2005, por medio de la cual se dictaron disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado, dispuso:

“ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales 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 se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.”

Se colige de lo expuesto, que el reconocimiento de las prestaciones sociales del personal docente oficial se encuentra atribuido al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que a los Entes Territoriales corresponde una actividad de mera intermediación para el reconocimiento y pago de las mismas, comprometiéndose así, únicamente la responsabilidad del aludido fondo.

1.4 Caso concreto.

El demandante **JULIAN CEBALLOS BURITICÁ** en su calidad de docente, solicitó el reconocimiento y pago de cesantías el 06 de diciembre de 2019⁶.

Las cesantías fueron reconocidas por medio de la Resolución 829 del 16 de diciembre de 2019, y según certificación de pago emitido por FIDUPREVISORA⁷, el dinero fue puesto a disposición del demandante el 14 de julio de 2020.

De acuerdo con lo anterior, concluye el Despacho inicialmente que la Resolución 829 del 16 de diciembre de 2019, por medio de la cual se reconocieron las cesantías solicitadas se profirió dentro del término de quince (15) días siguientes a la radicación de la solicitud, la cual fue notificada de forma personal el 24 de diciembre de 2019⁸.

En el escenario en el que el acto administrativo que reconoce la cesantía se profiere dentro del término legal, y se notificó personalmente, expresó el

⁶ Archivo “02EscritoDemandayAnexos” del expediente electrónico, p. 19

⁷ “Archivo “40RespuestaPruebaFiduprevisora” del expediente electrónico.

⁸ Archivo “02EscritoDemandayAnexos” del expediente electrónico, p. 21.

Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación previamente citada⁹, lo siguiente:

“(…) 100. Como conclusión a lo anterior, ha de indicar la Sala de Sección que los términos que tiene la administración para llevar al conocimiento del interesado el contenido de su acto administrativo, esto es, para notificarlo, no pueden computarse como días de sanción moratoria, pues es evidente y así lo previó el legislador que la notificación por regla general ocurre después de proferida la decisión¹⁰, y que además es la circunstancia que refleja el deber de la entidad de informarla a su destinatario.

101. Ha de ser así, pues la producción de los efectos del acto administrativo exige de su publicidad, de manera que solo son oponibles las decisiones de la administración que son conocidas por las personas llamadas a su cumplimiento o afectadas con su ejecución; situación que perfectamente encaja en el cómputo de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía, que consulta o se causa por el paso del tiempo, a donde no concurre el término que tiene el empleador para notificar el acto expreso que reconoce la mencionada prestación.

102. Siendo prácticos, en casos donde existe acto escrito que reconoce las cesantías, **el término de ejecutoria y, por ende, los 45 días hábiles posteriores a ésta para que ocurra su pago efectivo, solo empezarán a correr una vez se verifica la notificación en los estrictos términos señalados.**”

En tal sentido, los diez (10) días de ejecutoria y los cuarenta y cinco (45) días previstos para el pago de la cesantía solicitada, transcurrieron así:

Fecha notificación acto reconoce cesantías	Vencimiento término ejecutoria	Vencimiento 45 días para efectuar el pago	Período en el que ha de aplicarse la sanción moratoria a título de restablecimiento
24/12/2019	10/01/2020	13/03/2020	Desde el 14/03/2020 hasta el 13/07/2020.

Retomando el análisis sobre la responsabilidad de la entidad demandada, se tiene que de las pruebas allegadas se infiere claramente que la accionada incurrió en mora al abstenerse de pagar oportunamente las cesantías solicitadas; por esta razón acceder a las pretensiones no equivale a un detrimento

⁹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018.

¹⁰ Salvo los actos dictados en audiencia, que se notifican en estrados.

patrimonial en contra del **Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**, se trata de reconocer un derecho que se originó en su omisión.

Si bien la **Nación - Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** invoca la aplicación de la Ley 1955 de 2019, para que se estudie la eventual responsabilidad del ente territorial, lo cierto es que quien debe asumir el pago de la sanción moratoria en todos los casos es la entidad del orden nacional. Tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia la Sección Segunda del Consejo de Estado tratándose de este tipo de pretensiones, incluso, es improcedente el litisconsorcio necesario con las entidades territoriales¹¹.

Ahora, para que se estudie la viabilidad de analizar la eventual culpa en que pueda incurrir el municipio de Manizales en la generación de la sanción moratoria, es necesario que la **Nación - Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** plantee su pretensión resarcitoria a través de los medios jurídicos correspondientes; esto con el fin de obtener el reembolso de los recursos a los que resulte condenada a pagar. En ese escenario, debe acreditar los supuestos fácticos para acreditar que la mora es imputable a la entidad territorial.

Para el caso específico, con la contestación de la demanda la **Nación - Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** no formula una pretensión de reembolso frente al municipio de Manizales a través de los medios procesales dispuestos para tal fin, simplemente se limita a citar el contenido de la Ley 1955 de 2019 para que se declare la supuesta falta de legitimación como demandada; por ello, no se analizará su conducta en el trámite de la solicitud de cesantías solicitada por la demandante.

Así las cosas, en virtud de lo expuesto se declarará probada la excepción de *"Falta de legitimación en la causa por pasiva"* propuesta por el **municipio de Manizales**, motivo por el cual se hace innecesario efectuar el estudio de las demás excepciones propuestas por esta entidad.

1.5 Prescripción

Respecto al reconocimiento de la sanción moratoria, es pertinente hacer alusión al tema de la prescripción de los derechos salariales y prestacionales sobre los

¹¹ Subsección "B". CP. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Auto del nueve (9) de mayo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 63001-23-33-000-2014-00171-01(1845-15) y 6 Subsección "A". C.P. Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Auto del dos (2) de julio de dos mil veinte (2020). Radicación: 17001-23-33-000-2013-00628-01(3830-14).

cuales el Consejo de Estado se ha pronunciado recientemente¹²:

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

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

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

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

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

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

En el presente caso no se configura la prescripción trienal de la sanción moratoria reconocida a favor de la demandante, como quiera que entre la fecha en la cual se hizo exigible su pago, esto el 14 de marzo de 2020 y la fecha de

¹² Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Subsección A. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 27001-23-33-000-2013-00188-01(0810-14).

presentación de la reclamación administrativa el 28 de mayo de 2020¹³, no transcurrieron más de tres años conforme a lo establecido en la norma transcrita.

1.6 Restablecimiento del derecho

A título de restablecimiento del derecho, **La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, deberá cancelar a la demandante la indemnización moratoria establecida en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago y en los términos expuestos de manera precedente.

La sanción será liquidada con la asignación básica vigente a la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público, en caso de mora en el pago de cesantías definitivas, o con la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, en caso de mora en el pago de cesantías parciales, sin que varíe por la prolongación de la mora en el tiempo. En el presente caso se deberá liquidar con la asignación básica del año 2020 por tratarse de cesantías parciales.

1.7 Indexación

Frente a este punto combine indicar que el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción en Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2018, ya citada en esta providencia, sentó jurisprudencia iterando la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria.

No obstante, cabe resaltar que la expresión *“Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.”*, fue nuevamente estudiada por el Consejo de Estado a través de Sentencia del 26 de agosto de 2019, con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez. En esa ocasión se precisó que si bien no era posible la indexación de la sanción por mora mientras ésta se estaba causando, ello no era óbice para dar aplicación al artículo 187 del C.P.A.C.A. una vez constituido el valor total de la sanción moratoria; se trata de una cantidad líquida de dinero, concluyendo que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente:

- a) mientras se causa la sanción moratoria, día a día, esta no podrá indexarse;

¹³ Archivo “02EscritoDemandayAnexos” del expediente electrónico, p. 23 a 27

b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total si es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia - art. 187 - y

c) una vez quede ejecutoriada la condena, no procede indexación, sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

Como conclusión, observa esta Sede Judicial que si bien conforme la sentencia de unificación en cita, es improcedente la indexación de la sanción moratoria, tal improcedencia sólo se predica durante el tiempo en que ésta se esté causando. Una vez cesada y generado el valor total de la sanción moratoria, tal suma debe ajustarse con base en el IPC conforme lo dispone el 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente en que cesó la causación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia; una vez en firme el fallo lo que se origina son los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 de la misma codificación.

Por lo expuesto, este despacho acogerá el último pronunciamiento de la Alta Corporación frente a la interpretación que debe darse a la expresión (...) *Sentar jurisprudencia*, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA; contenida en la Sentencia de Unificación No. 00580 de 18 de julio de 2018.

Por ende, la suma reconocida por concepto de sanción moratoria deberá ser indexada conforme al artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, a partir del día siguiente en que cesó la acusación y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, es decir, actualizada mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula siguiente:

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

En donde R se determina multiplicando el valor histórico RH que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de sanción mora, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, y vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió de hacerse el pago.

2. Conclusión

En virtud de lo ampliamente expuesto en la presente providencia, el Despacho considera que al demandante le asiste el derecho a obtener el pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006. La razón radica en que está acreditada la tardanza en la que incurrió **la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, en proceder al reconocimiento y pago de las cesantías a las que tenían derecho.

Por estas razones, queda evidentemente desvirtuada la presunción de legalidad de la actuación administrativa discutida en el presente caso; siendo por tanto necesario declarar su nulidad.

En consecuencia, se declararán no probadas las excepciones de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* y *“genérica”* propuestas por **la Nación – Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

Y de otro lado, se declarará probada la excepción de *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”* propuesta por el **municipio de Manizales**.

3. Cumplimiento de la sentencia:

La demandada –**Nación – Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** deberá cumplir la presente providencia en la forma y términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

4. Costas

Con fundamento en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condena en costas a la parte demandada **Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General de Proceso, por cuanto se generaron gastos procesales y se evidenció la intervención del apoderado judicial de la accionada en cada una de las etapas del proceso.

Ello conforme con pronunciamientos del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁴, en donde se advierte la necesidad de atender al criterio objetivo-valorativo al momento de estudiar sobre la imposición de costas. Se fijan Agencias en derecho por valor de **DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL PESOS MCTE (\$239.000)** en favor de la parte demandante y a

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., 22 de febrero de 2018. Expediente N°: 250002342000201200561 02 (0372-2017).

costa de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹⁵.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”* propuesta por el **MUNICIPIO DE MANIZALES**.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* y *“genérica”* propuestas por **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD del acto ficto o presunto originado en el silencio administrativo negativo derivado de la petición presentada el 28 de mayo de 2020 por el señor **JULIAN CEBALLOS BURITICA**.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a que reconozca y pague al demandante la sanción por mora contenida en el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de mora, **desde el 14 de marzo de 2020 al 13 de julio de 2020, inclusive**, tal y como quedó definido en la parte motiva de la providencia. La sanción será liquidada con la asignación básica vigente en el año 2020.

Las sumas reconocidas se actualizarán conforme con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., es decir, mediante la aplicación de los ajustes de valor, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la presente sentencia, para lo cual la demandada tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: La **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** DARÁ cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A,

¹⁵ Según el Acuerdo No. PSAA-10-554 de 2016 que rige para los procesos iniciados a partir de su vigencia.

PREVINIÉNDOSE al parte demandante de la carga prevista en el inciso 2º del artículo 192 *ibídem*.

SEXTO: Ejecutoriada la presente providencia, por la Secretaría se dará cumplimiento a lo previsto en el inciso final de los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

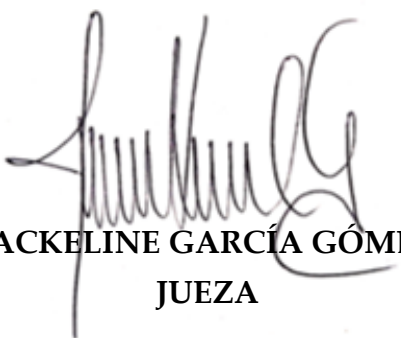
SÉPTIMO: A costa de la parte interesada, expídanse las copias auténticas que solicite de esta providencia, teniendo en cuenta la Secretaría los lineamientos del artículo 114 del C.G.P.

OCTAVO: SE CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO a la parte demandada **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan Agencias en derecho las indicadas en la parte motiva de esta providencia.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

DÉCIMO: La presente sentencia queda notificada de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

CCMP/Sust.

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 26/06/2023


MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

Micrositio Web PUBLICACIÓN ESTADOS ELECTRÓNICOS:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-administrativo-de-descongestion-de-manizales/474>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE
MANIZALES**

Manizales, veintitrés (23) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia N°: 110/2023
Radicado: 17001-33-39-007-2021-00295-00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: DIANA VINASCO VARGAS
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DE CALDAS
Instancia: PRIMERA

En los términos del inciso final del numeral 1° artículo 182 A de la Ley 1437, procede el despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia. Para el efecto se tendrá en cuenta lo precisado en el Auto 176 del 03 de febrero de 2023 que se pronunció sobre las pruebas y fijó el litigio.

ANTECEDENTES:

1. La demanda

Por intermedio de apoderado judicial la señora **DIANA VINASCO VARGAS**, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandó a la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y al **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, solicitando lo siguiente:

“DECLARACIONES

1. Declarar la nulidad del acto ficto administrativo 4405-6 del 05 de septiembre de 2021, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, y en la CE-SUJ-SII-012-2018-SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, a favor de mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad, con la vigencia de la ley 1437 se refiere a sesenta (70) días hábiles y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma. (Sic)

2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la **NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA EN EDUCACIÓN DE CALDAS**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

CONDENAS

1. Condenar a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA EN CALDAS**, a que se le reconozca y pague la SANCION POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 y en la CE-SUJ-SII-012-2018-SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, a favor de mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad, con la vigencia de la ley 1437 se refiere a sesenta (70) días hábiles y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma. (Sic)

2. Que se ordene a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA EN EDUCACIÓN DE CALDAS** - dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como dispone el artículo 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.)

3. Condenar a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA EN EDUCACIÓN DE CALDAS** al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCION MORATORIA referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del índice de

precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga al presente proceso.

(...)”

En cuanto a los hechos expuestos por la parte actora se tiene:

De acuerdo con la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es quien tiene competencia para el pago de cesantías de los docentes de los establecimientos educativos de carácter oficial.

La demandante solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías el 26 de junio de 2020; la prestación fue reconocida mediante Resolución 2196-6 del 14 de julio de 2020 y cancelada el 22 de diciembre de 2020.

Entre la fecha de solicitud de cesantías y el pago de la prestación, transcurrieron más de 81 días por encima del plazo legalmente establecido; por ello, se ha causado el pago de la sanción por el no pago oportuno.

Se solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria el 30 de junio de 2021; sin embargo, la administración respondió negativamente mediante Resolución 4405-6 del 09 de septiembre de 2021.

2. Trámite procesal

Mediante Auto 730 del 03 de agosto de 2022 se admitió la demanda. El Juzgado mediante Auto 176 del 03 de febrero de 2023 analizó la posibilidad de dictar sentencia anticipada, se pronunció sobre las pruebas, y fijó el litigio.

Con proveído 427 del 02 de marzo de 2023 se corrió traslado para alegar de conclusión.

Recibidas las alegaciones de las partes, el Despacho mediante Auto 832 del 24 de abril de 2023 consideró necesario decretar como prueba de oficio la *“certificación en la que se indica la fecha en la cual se puso en conocimiento de la demandante el dinero por concepto de cesantías reconocidas mediante Resolución 2196-6 del 14 de julio de 2020”*, se incorporó la documental contentiva de la prueba decretada, se puso en conocimiento de las partes y se corrió traslado de la misma a los sujetos procesales por tres (03) días para que ejerciera su derecho de contradicción.

A través de auto 912 de 2023 se corrió traslado a los sujetos procesales por 10 días para que, si lo consideraban, complementaran sus alegatos de conclusión.

Vencido el término de traslado de alegatos, el proceso ingresó a Despacho para proferir sentencia escrita.

3. Fijación del litigio.

Conforme al auto que fijó el litigio, se tiene que la **NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN –FNPSM** admitió como ciertos los siguientes hechos:

- A través de la Resolución N° 2196-6 del 14 de julio de 2020 se reconoció a la demandante las cesantías solicitadas.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** admitió como ciertos los siguientes hechos:

- El artículo 3° de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin personería jurídica, asignando a su cargo el pago de las cesantías de los docentes vinculados al fondo reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional
- La demandante solicitó el 26 de junio de 2020 el reconocimiento y pago de sus cesantías.
- A través de la Resolución N° 2196-6 del 14 de julio de 2020 se reconoció a la demandante las cesantías solicitadas.

Diferencias existentes entre las partes:

PARTE DEMANDANTE: Sostiene que las cesantías reconocidas a través de la Resolución N° 2196-6 del 14 de julio de 2020 fueron canceladas con posterioridad al término de los setenta (70) días para su reconocimiento y pago como lo establece la Ley 1071 de 2006.

Afirma que se estructuraron más de 81 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad demandada para cancelar el dinero por concepto de cesantías.

PARTE DEMANDADA: FNPSM: Afirma que no le constan los hechos referentes a que se hubiese generado mora en el pago de las cesantías reconocidas. Expone que la mora se genera por la no expedición en tiempo del acto administrativo que

reconoce las cesantías. No obstante, en aplicación del párrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, el responsable de la mora en el pago de cesantías es la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas.

PARTE DEMANDADA – DEPARTAMENTO DE CALDAS: Indicó que no es cierto lo afirmado respecto a que la entidad territorial no expidió en término el acto administrativo que reconoce la cesantía. Expone que el término de ejecutoria, y por ende los 45 días hábiles posteriores a esta para que ocurra el pago efectivo solo empezarán a correr una vez se verifica la notificación del acto administrativo que reconoce la cesantía.

Indica que en el presente caso la entidad territorial expidió dentro del término legal, por lo que la responsabilidad del pago de la sanción mora, en caso de existir, es de la entidad del orden nacional.

4. Alegatos de conclusión.

Parte demandante. Mediante escrito presentado el 14 de marzo del presente año indicó que en el proceso se encuentra acreditada la calidad de docente de la demandante, la fecha en la que se formuló la petición de reconocimiento de la cesantía, el acto que reconoció la prestación y la fecha en la que se canceló la cesantía reconocida, según el comprobante emitido por la FIDUPREVISORA.

Afirma que si bien se vinculó a la entidad territorial a la que está adscrito el docente con ocasión de lo contenido en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es necesario aclarar que la única norma especial que trata el reconocimiento de sanción mora en favor de los docentes del Magisterio es el Decreto 1272 de 2018, artículo 2.4.4.2.3.2.28.

Concluyó solicitando la indexación de la sanción por mora con fundamento en lo expresado por el Consejo de Estado en sentencia del 26 de agosto de 2019 dentro del proceso con radicado 68001-23-33-000-2016-00406-01.

A través de escrito presentado el 19 de mayo de 2023, luego de correr traslado para alegatos con ocasión a la prueba de oficio decretada por el Despacho, reiteró los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión que ya había presentado.

Nación Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: Expuso que la entidad territorial excedió el límite de los 15 días para expedir acto administrativo que reconoce las cesantías, esto teniendo en cuenta que en el presente caso se tiene como fecha de reclamación el 26 de junio de 2020

pero solo hasta el 14 de julio de 2020 se expide la Resolución N° 2196-6, por lo que el ente territorial se considera expidió por fuera del término señalado por la Ley este acto administrativo, y por eso si está llamado a responder por la mora ocasionada por el pago tardío de las cesantías.

Expuso que frente una eventual condena debe tenerse en cuenta la fecha en la cual se ponen a disposición los dineros a favor del docente por la entidad encargada de dicho trámite, frente al caso en concreto la solicitud de las cesantías fue 26 de junio de 2020 conforme al acto administrativo que reconoció la cesantía que fue el 14 de julio de 2020, y según certificado proferido por la Fiduprevisora S.A, el día 15 de octubre de 2020 se puso a disposición el dinero por concepto de cesantías, por lo que los días señalados en la demanda no son acordes con la realidad.

El **departamento de Caldas** y el **Ministerio Público** guardaron silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

1. Problema y análisis jurídico.

De conformidad con lo expuesto en Auto 176 del 03 de febrero de 2023, el problema jurídico a resolver se concreta en los siguientes interrogantes:

- i. **¿Debe declararse la nulidad de la Resolución 4405-6 del 09 de septiembre de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006?**

Si la respuesta al anterior problema jurídico es positiva, el despacho se formula el siguiente problema jurídico subsiguiente:

- i. **¿Tiene derecho la señora DIANA VINASCO VARGAS al reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías?**
- ii. **¿Le asiste responsabilidad a la entidad territorial de concurrir al pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías?**

Para el estudio del problema jurídico principal, el Despacho considera necesario abordar los siguientes problemas jurídicos asociados:

- 1) ¿Cuál es el carácter de la cesantía y el objeto de la sanción moratoria?;
- 2) ¿Cuál es el régimen aplicable a los docentes regulados por la Ley 91 de 1989, para el reconocimiento y pago de las cesantías?
- 3). Responsabilidad de la entidad territorial en el pago de la sanción moratoria
- 4) Caso concreto.

1.1. El carácter prestacional de las cesantías y la finalidad de la sanción moratoria por su pago tardío:

El régimen laboral colombiano consagra unas garantías y beneficios de contenido económico a favor de los trabajadores llamadas: *prestaciones sociales*; si bien no constituyen salario, porque no corresponden técnicamente a una remuneración por su trabajo, sí lo complementan y hacen referencia a una contraprestación que debe asumir el empleador con la finalidad de cubrir los riesgos a los que está expuesto el trabajador.

Dentro de las mencionadas prestaciones se encuentra el auxilio de cesantía, la cual ha sido considerada por la jurisprudencia constitucional como un derecho irrenunciable de todos los trabajadores que debe asumir el empleador; ello con el doble fin de que el empleado pueda atender sus necesidades mientras permanece cesante y además pueda, en caso de requerirlo, satisfacer otros requerimientos importantes como vivienda y educación. En la sentencia C-310 de 2007, la Corte Constitucional señaló que:

(...) la cesantía consiste en una prestación que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, estableciéndose un mecanismo que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantía-, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda.

Atendiendo este carácter, las normas laborales han dispuesto un término perentorio para que los empleadores consignen el valor de esta prestación social, so pena de incurrir en una **sanción moratoria**; debe tenerse en cuenta que el retardo del empleador causa un daño económico al trabajador, bien sea por la pérdida de la oportunidad de utilización efectiva de los fondos o por la necesidad de contratar créditos mientras se produce el desembolso.

La Corte Constitucional en sentencia SU-400 del 28 de agosto de 1997, sostuvo que el retardo en el pago de las cesantías genera una pérdida del poder adquisitivo de aquella, y que es por ello que dicho deterioro debe ser asumido por el patrono y no por el trabajador.

1.2. Régimen aplicable a los docentes regulados por la Ley 91 de 1989, para el reconocimiento y pago de las cesantías:

La Ley 91 de 1989 *“Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, regula lo concerniente a las prestaciones sociales tanto de los docentes nacionalizados como de los docentes nacionales.

En su artículo 1º, distingue a los docentes nacionales de los nacionalizados, en el sentido de que los primeros, son los que se vinculan por nombramiento del Gobierno Nacional, y los segundos, son los que se vinculan por nombramiento de la entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 43 de 1975 ¹.

El numeral 1º de su artículo 15 establece, que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, se regirá de la siguiente manera: 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, y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para los mismos efectos, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en esta ley.

De acuerdo con el artículo 15 numeral 3 de la ley 91 de 1989, de manera particular, en lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de

¹ **Ley 43 del 11 de diciembre de 1975** *“Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria* que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”. **Artículo 10º.-** *“En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional.*

conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial. Frente a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se dispuso que se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Por su parte, la Ley 1071 de 2006, en el artículo 2º estableció su ámbito de aplicación:

Artículo 2. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro. (Subrayas del Despacho).

La misma ley, en cuanto al término para dar respuesta a la solicitud de cesantías parciales o definitivas dispuso:

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

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

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

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

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

Ahora bien, en sentencia de unificación de fecha 18 de julio de 2018² el Consejo de Estado definió las siguientes reglas jurisprudenciales para dar solución a los problemas jurídicos relacionados con el reconocimiento de sanción por mora en el sector docente:

“3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley³ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018.

³ Artículos 68 y 69 CPACA.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

1.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA. (Resaltado original)”

Así las cosas, en los casos de docentes oficiales por tratarse de **servidores públicos**, la moratoria en el pago de las cesantías se rige por el procedimiento contemplado en la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006; una vez presentada la solicitud, la Entidad cuenta con 15 días máximo para expedir la resolución de liquidación de las cesantías definitivas y/o parciales, 10 días de ejecutoria y 45 días hábiles para el pago, luego de los cuales empezará a correr la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. Cobra relevancia indicar sobre este aspecto que la ley no hace diferencia en los términos de reconocimiento de la cesantía y no interesa si se trata de retiro parcial o retiro definitivo; para ambos casos, el trámite tiene establecidos exactamente los mismos tiempos.

Quiere decir lo anterior que, una vez transcurridos 70 días hábiles⁴ desde la presentación de la solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas sin que se haya realizado su pago efectivo, se causa el derecho a recibir la indemnización por mora; la misma es equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo.

Ahora bien, en los eventos en los que el acto administrativo que hubiese reconocido la cesantía se hubiese reconocido dentro del término de quince (15) días siguientes a su radicación, la misma sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado⁵ estableció los escenarios que deben tenerse en cuenta para el

⁴Artículo 76 del C.P.A.C.A. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de **los diez (10) días siguientes** a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez (...).

⁵ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018.

cálculo de la moratoria, en razón a que los términos de notificación difieren en cada caso respecto a la forma en que se practique la misma.

Indicó la Corporación lo siguiente:

“(…) Teniendo claridad sobre la regla que procede para calcular la sanción moratoria por falta de expedición del acto de reconocimiento, o siendo tardío, adicionalmente deberá la Sala analizar la causación de la penalidad en el evento de que exista acto escrito de parte de la administración que reconoce la cesantía, si se notifica o no, a través de qué medio o, si se renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, considerando que éstos son los momentos en que legamente se inicia el término para controvertirlo y después verificar el pago oportuno de la cesantía.”

En la sentencia referida se hace la distinción respecto al cálculo de la sanción mora cuando el acto administrativo que reconoce la cesantía se profiere dentro del término legal, situaciones que analizará el Despacho en cada caso concreto dependiendo de la forma de notificación que en tales casos se presente.

1.3. Responsabilidad de la entidad territorial en el pago de la sanción moratoria

Con relación a la incidencia de la conducta territorial en el retraso del pago de la prestación como fue expuesto en la contestación de la demanda, cabe advertir que conforme a la Ley 962 de 2005, el reconocimiento de las prestaciones sociales del personal docente oficial se encuentra atribuido al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; a los Entes Territoriales, corresponde una actividad de mera intermediación para el reconocimiento y pago de las mismas, comprometiéndose así, únicamente la responsabilidad del aludido fondo.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la Ley 91 de 1989; en su artículo 2º precisó:

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

(…) 5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, **son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;** pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten

adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

Parágrafo. Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.

La citada disposición legal, en sus artículos 4º, 5º y 9º establece lo siguiente:

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 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. (...)

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 9º.- 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.

Se desprende así, que las prestaciones sociales del personal docente vinculado al magisterio, a partir de la vigencia de la referida ley se encuentra a cargo de la Nación, quien procede a su cancelación a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; este último, al tenor de lo dispuesto por el artículo 3º de la citada ley 91 constituye una cuenta especial, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.

Por su parte, la Ley 962 de 2005, por medio de la cual se dictaron disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado, dispuso:

“ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales 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 se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.”

Se colige de lo expuesto, que el reconocimiento de las prestaciones sociales del personal docente oficial se encuentra atribuido al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que a los Entes Territoriales corresponde una actividad de mera intermediación para el reconocimiento y pago de las mismas, comprometiéndose así, únicamente la responsabilidad del aludido fondo.

1.4 Caso concreto.

La demandante **DIANA VINASCO BARGAS** en su calidad de docente, solicitó el reconocimiento y pago de cesantías el 26 de junio de 2020⁶.

Las cesantías fueron reconocidas por medio de la Resolución 2196-6 del 14 de julio de 2020. Según certificación de pago de cesantía expedida por FIDUPREVISORA S.A.⁷, documental decretada como prueba de oficio mediante Auto 832 del 24 de abril de 2023, debidamente incorporada al expediente con plena garantía del derecho de contradicción de la prueba, el dinero fue puesto a disposición de la demandante el 15 de octubre de 2020.

De acuerdo con lo anterior, concluye el Despacho inicialmente que la Resolución 2196-6 del 14 de julio de 2020 por medio de la cual se reconocieron las cesantías solicitadas se profirió dentro del término de quince (15) días siguientes a la radicación de la solicitud, la cual fue notificada personalmente el 15 de julio de 2020⁸ por correo electrónico.

En el escenario en el que el acto administrativo que reconoce la cesantía se profiere dentro del término legal, y se notificó personalmente, expresó el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación previamente citada⁹, lo siguiente:

⁶ Archivo “15ContestacionDepartamentoCaldas” del expediente electrónico, p. 10

⁷ “Archivo “25AlegatosOportunosFomag” del expediente electrónico, ps 7 y 8

⁸ Archivo “15ContestacionDepartamentoCaldas” del expediente electrónico, p. 10 a 14.

⁹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018.

“(…) 100. Como conclusión a lo anterior, ha de indicar la Sala de Sección que los términos que tiene la administración para llevar al conocimiento del interesado el contenido de su acto administrativo, esto es, para notificarlo, no pueden computarse como días de sanción moratoria, pues es evidente y así lo previó el legislador que la notificación por regla general ocurre después de proferida la decisión¹⁰, y que además es la circunstancia que refleja el deber de la entidad de informarla a su destinatario.

101. Ha de ser así, pues la producción de los efectos del acto administrativo exige de su publicidad, de manera que solo son oponibles las decisiones de la administración que son conocidas por las personas llamadas a su cumplimiento o afectadas con su ejecución; situación que perfectamente encaja en el cómputo de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía, que consulta o se causa por el paso del tiempo, a donde no concurre el término que tiene el empleador para notificar el acto expreso que reconoce la mencionada prestación.

102. Siendo prácticos, en casos donde existe acto escrito que reconoce las cesantías, **el término de ejecutoria y, por ende, los 45 días hábiles posteriores a ésta para que ocurra su pago efectivo, solo empezarán a correr una vez se verifique la notificación en los estrictos términos señalados.**”

En tal sentido, los diez (10) días de ejecutoria y los cuarenta y cinco (45) días previstos para el pago de la cesantía solicitada, transcurrieron así:

Fecha notificación acto reconoce cesantías	Vencimiento término ejecutoria	Vencimiento 45 días para efectuar el pago	Período en el que ha de aplicarse la sanción moratoria a título de restablecimiento
15/07/2020	30/07/2020	05/10/2020	Desde el 06/10/2020 hasta el 14/10/2020.

Considera necesario precisar esta Juzgadora que si bien se indica en la demanda que las cesantías fueron canceladas el 22 de diciembre de 2020, observa el Despacho, como se indicó previamente, y conforme al certificado emitido por la Fiduprevisora, que el dinero por concepto de cesantías fue pagado a través de entidad bancaria el 15 de octubre de 2020, por lo es esta fecha y no aquella la que debe tenerse en cuenta para efectos de determinar el momento en el cual se pagaron las cesantías, dado que no puede endilgársele a la entidad estatal la

¹⁰ Salvo los actos dictados en audiencia, que se notifican en estrados.

tardanza en la que pudo haber incurrido la parte actora para adelantar el trámite de cobro del dinero en la entidad bancaria.

Retomando el análisis sobre la responsabilidad de la entidad demandada, se tiene que de las pruebas allegadas se infiere claramente que la accionada incurrió en mora al abstenerse de pagar oportunamente las cesantías solicitadas; por esta razón acceder a las pretensiones no equivale a un detrimento patrimonial en contra del **Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**, se trata de reconocer un derecho que se originó en su omisión.

Si bien la **Nación - Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** invoca la aplicación de la Ley 1955 de 2019, para que se estudie la eventual responsabilidad del ente territorial, lo cierto es que quien debe asumir el pago de la sanción moratoria en todos los casos es la entidad del orden nacional. Tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia la Sección Segunda del Consejo de Estado tratándose de este tipo de pretensiones, incluso, es improcedente el litisconsorcio necesario con las entidades territoriales¹¹.

Ahora, para que se estudie la viabilidad de analizar la eventual culpa en que pueda incurrir el Departamento de Caldas en la generación de la sanción moratoria, es necesario que la **Nación - Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** plantee su pretensión resarcitoria a través de los medios jurídicos correspondientes; esto con el fin de obtener el reembolso de los recursos a los que resulte condenada a pagar. En ese escenario, debe acreditar los supuestos fácticos para acreditar que la mora es imputable a la entidad territorial.

Para el caso específico, con la contestación de la demanda la **Nación - Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** no formula una pretensión de reembolso frente al Departamento de Caldas a través de los medios procesales dispuestos para tal fin, simplemente se limita a citar el contenido de la Ley 1955 de 2019 para que se declare la supuesta falta de legitimación como demandada; por ello, no se analizará su conducta en el trámite de la solicitud de cesantías solicitada por la demandante.

Así las cosas, en virtud de lo expuesto se declarará de oficio la excepción de “Falta de legitimación en la causa por pasiva” respecto al **Departamento de Caldas**,

¹¹ Subsección “B”. CP. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Auto del nueve (9) de mayo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 63001-23-33-000-2014-00171-01(1845-15) y 6 Subsección “A”. C.P. Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Auto del dos (2) de julio de dos mil veinte (2020). Radicación: 17001-23-33-000-2013-00628-01(3830-14).

motivo por el cual se hace innecesario efectuar el estudio de las demás excepciones propuestas por esta entidad.

1.5 Prescripción

Respecto al reconocimiento de la sanción moratoria, es pertinente hacer alusión al tema de la prescripción de los derechos salariales y prestacionales sobre los cuales el Consejo de Estado se ha pronunciado recientemente¹²:

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

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

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

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

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

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la

¹² Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Subsección A. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 27001-23-33-000-2013-00188-01(0810-14).

sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990. [...]» (Subraya de la Subsección) (...).

En el presente caso no se configura la prescripción trienal de la sanción moratoria reconocida a favor de la demandante, como quiera que entre la fecha en la cual se hizo exigible su pago, esto el 06 de octubre de 2020 y la fecha de presentación de la reclamación administrativa el 30 de junio de 2021¹³, no transcurrieron más de tres años conforme a lo establecido en la norma transcrita.

1.6 Restablecimiento del derecho

A título de restablecimiento del derecho, **La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, deberá cancelar a la demandante la indemnización moratoria establecida en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago y en los términos expuestos de manera precedente.

La sanción será liquidada con la asignación básica vigente a la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público, en caso de mora en el pago de cesantías definitivas, o con la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, en caso de mora en el pago de cesantías parciales, sin que varíe por la prolongación de la mora en el tiempo. En el presente caso se deberá liquidar con la asignación básica del año 2020 por tratarse de cesantías parciales.

1.7 Indexación

Frente a este punto combine indicar que el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción en Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2018, ya citada en esta providencia, sentó jurisprudencia iterando la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria.

No obstante, cabe resaltar que la expresión “*Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.*”, fue nuevamente estudiada por el Consejo de Estado a través de Sentencia del 26 de agosto de 2019, con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez. En esa ocasión se precisó que si bien no era posible la indexación de la sanción por mora mientras ésta se estaba causando, ello no era óbice para dar aplicación al artículo 187 del C.P.A.C.A. una vez constituido el valor total de la sanción moratoria; se trata de una cantidad líquida de dinero,

¹³ Archivo “02EscritoDemandayAnexos” del expediente electrónico, p. 22

concluyendo que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente:

- a) mientras se causa la sanción moratoria, día a día, esta no podrá indexarse;
- b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total si es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia - art. 187 - y
- c) una vez quede ejecutoriada la condena, no procede indexación, sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

Como conclusión, observa esta Sede Judicial que si bien conforme la sentencia de unificación en cita, es improcedente la indexación de la sanción moratoria, tal improcedencia sólo se predica durante el tiempo en que ésta se esté causando. Una vez cesada y generado el valor total de la sanción moratoria, tal suma debe ajustarse con base en el IPC conforme lo dispone el 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente en que cesó la causación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia; una vez en firme el fallo lo que se origina son los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 de la misma codificación.

Por lo expuesto, este despacho acogerá el último pronunciamiento de la Alta Corporación frente a la interpretación que debe darse a la expresión (...) *Sentar jurisprudencia*, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA; contenida en la Sentencia de Unificación No. 00580 de 18 de julio de 2018.

Por ende, la suma reconocida por concepto de sanción moratoria deberá ser indexada conforme al artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, a partir del día siguiente en que cesó la acusación y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, es decir, actualizada mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula siguiente:

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

En donde R se determina multiplicando el valor histórico RH que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de sanción mora, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, y vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial

vigente para la fecha en que debió de hacerse el pago

2. Conclusión

En virtud de lo ampliamente expuesto en la presente providencia, el Despacho considera que al demandante le asiste el derecho a obtener el pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006. La razón radica en que está acreditada la tardanza en la que incurrió **la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, en proceder al reconocimiento y pago de las cesantías a las que tenían derecho.

Por estas razones, queda evidentemente desvirtuada la presunción de legalidad de la actuación administrativa discutida en el presente caso; siendo por tanto necesario declarar su nulidad.

Por último, teniendo en cuenta que **la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** presentó la excepción de caducidad, vasta remitirse a la documental allegada al proceso para determinar que dicha excepción no tiene soporte alguno, teniendo en cuenta que la Resolución 4405-06 del 09 de septiembre de 2021 se notificó a la parte demandante el 24 del mismo mes y año¹⁴, y frente a la misma solo procedía el recurso de reposición el cual es optativo para acudir a la jurisdicción.

Dado que la demanda se radicó el 10 de diciembre de 2021, es claro que la misma se interpuso dentro del término de cuatro (04) meses establecido en el literal d) del numeral 2° del artículo 164 del C.P.A.C.A.,

En consecuencia, se declararán no probadas las excepciones de *“falta de legitimidad por pasiva”*, *“caducidad”* y *“prescripción”* propuestas por **la Nación – Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

Y de otro lado, se declara probada de oficio la excepción de *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”* del **Departamento de Caldas**.

3. Cumplimiento de la sentencia:

La demandada –**Nación – Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** deberá cumplir la presente providencia en la forma y términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

¹⁴ Archivo “02EscritoDemandayAnexos” del expediente electrónico, p. 27 a 33.

4. Costas

Con fundamento en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condena en costas a la parte demandada **Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General de Proceso, por cuanto se generaron gastos procesales y se evidenció la intervención del apoderado judicial de la accionada en cada una de las etapas del proceso.

Ello conforme con pronunciamientos del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁵, en donde se advierte la necesidad de atender al criterio objetivo-valorativo al momento de estudiar sobre la imposición de costas.

Teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda prosperaron de manera parcial en cuanto al rango de tiempo respecto al cual se pretendía el reconocimiento de la sanción mora con respecto al periodo de tiempo efectivamente reconocido, se fijan Agencias en derecho por valor de **OCHENTA Y CUATRO MIL PESOS MCTE (\$84.000)** en favor de la parte demandante y a costa de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹⁶.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR PROBADA de oficio la excepción de *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”* del **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de *“falta de legitimidad por pasiva”*, *“caducidad”* y *“prescripción”* propuestas por **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución 4405-6 del 09 de septiembre de 2021 mediante la cual se negó una solicitud de sanción moratoria solicitada por la señora **DIANA VINASCO VARGAS**.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., 22 de febrero de 2018. Expediente N°: 250002342000201200561 02 (0372-2017).

¹⁶ Según el Acuerdo No. PSAA-10-554 de 2016 que rige para los procesos iniciados a partir de su vigencia.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a que reconozca y pague al demandante la sanción por mora contenida en el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de mora, **desde el 06 de octubre de 2020 hasta el 14 de octubre de 2020, inclusive**, tal y como quedó definido en la parte motiva de la providencia. La sanción será liquidada con la asignación básica vigente en el año 2020.

Las sumas reconocidas se actualizarán conforme con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., es decir, mediante la aplicación de los ajustes de valor, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la presente sentencia, para lo cual la demandada tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: La **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** DARÁ cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A, **PREVINIÉNDOSE** a la parte demandante de la carga prevista en el inciso 2° del artículo 192 *ibídem*.

SEXTO: Ejecutoriada la presente providencia, por la Secretaría se dará cumplimiento a lo previsto en el inciso final de los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

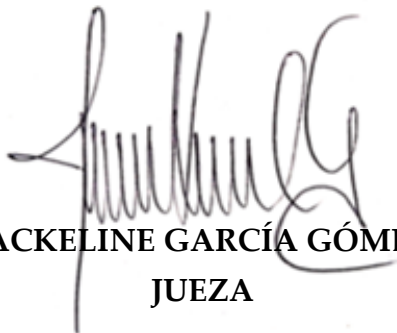
SÉPTIMO: A costa de la parte interesada, expídanse las copias auténticas que solicite de esta providencia, teniendo en cuenta la Secretaría los lineamientos del artículo 114 del C.G.P.

OCTAVO: SE CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO a la parte demandada **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan Agencias en derecho las indicadas en la parte motiva de esta providencia.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

DÉCIMO: La presente sentencia queda notificada de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

CCMP/Sust.

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 26/06/2023



MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA

Secretaria

Micrositio Web PUBLICACIÓN ESTADOS ELECTRÓNICOS:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-administrativo-de-descongestion-de-manizales/474>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE MANIZALES**

Manizales, veintitrés (23) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia N°:	111-2023
Radicación:	17001-33-39-007-2022-00015-00
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	ANGELA TATIANA HERRERA BELTRÁN
Demandado:	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DE CALDAS
Instancia:	PRIMERA

1. ASUNTO

En los términos del inciso final del numeral 1° artículo 182A de la Ley 1437, procede el Despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia. Para el efecto se tendrá en cuenta lo precisado en el Auto No. 703 de 10 de abril de 2023 que se pronunció sobre las pruebas de las partes y fijó el litigio.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones

Solicita la parte demandante, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, que se realicen las siguientes declaraciones:

“1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como NOM. 186 DEL 08 DE SEPTIEMBRE DE 2021, EXPEDIDO POR CARMENZA QUINTERO TORRES PROFESIONAL UNIVERSITARIO NÓMINA donde niegan el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de

retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FOMAG Y LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, de manera solidaria, le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

Condenas

1. Condenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG Y LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

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

3. Condenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG Y A LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las

cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

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

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

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

2.2. Fundamentos fácticos de la demanda

Que ni la entidad territorial ni el Ministerio de Educación Nacional han procedido de manera efectiva a consignar los intereses de las cesantías ni las cesantías que corresponden a la labor docente del demandante como servidor público del año 2020 ante la FIDUCIARIA LA PREVISORA o el FOMAG, por lo que deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas desde el 01 de enero de 2021 para el caso de los intereses de las cesantías y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías que debían haber sido consignadas.

Con fecha 01 de septiembre de 2021, se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante el acto administrativo demandado las pretensiones invocadas.

2.3. Normas Violadas y Concepto de Transgresión

En el escrito de demanda como normas violadas, se alegaron las siguientes:

Artículos 13 y 53 de la Constitución Política de Colombia.

Artículos 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.

Artículo 1° de la Ley 52 de 1975.

Artículo 13 de la Ley 344 de 1996.

Artículo 5° de la Ley 432 de 1998.

Artículo 3° del Decreto Nacional 1176 de 1991.

Artículos 1 y 2 del Decreto Nacional 1582 de 1998.

Frente al concepto de violación refirió la parte demandante, en síntesis, que seguir sosteniendo por parte del Ministerio de Hacienda que apropia unos recursos para sufragar el costo de los anticipos de cesantías en el mes de julio de cada año para los docentes que vayan solicitando cesantías que lo requieran, no despoja de la obligación a las entidades territoriales y a la Nación -Ministerio de Educación Nacional de consignar las cesantías a todos los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990 en la respectiva cuenta individual del docente, el 15 de febrero de cada anualidad, así el docente no las solicite.

Afirma que es un hecho notorio para la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que desde el año 2010 hasta la fecha a los docentes que han solicitado cesantías parciales se les ha demorado su pago, venciendo los términos de la ley 1071 del año 2006, evidenciando que sus cesantías cuando iban a ser solicitadas no se encontraban consignadas en el Fomag.

Agrega que cuando se expidió la ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la ley 91 del 29 de diciembre de 1989, la finalidad fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Honorable Corte Constitucional C- 486 DE 2016, SU 098 DE 2018, SU 332 DE 2019, y la SU 041 DE 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactividad a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar 15 de febrero de cada anualidad, so pena de la cancelación de la sanción por mora que ahora solicita.

Al tratarse de unas cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero y ser consignadas en el Fomag antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de servidores públicos.

Para sustentar su posición cita apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado de 6 de agosto de 2020 Exp. 0833-16, 24 de enero de 2019 Exp. 4854-2014, 21 de febrero de 2019

Rad. 54001-2333-000-2016-00236-01, 10 de julio de 2020 Rad. 08001-2333-000- 2014-00208-01, 12 de noviembre de 2020 Rad. 08001-2333-000-2014-00132-01, 17 de junio de 2021 Exp. 4979-2017, y 17 de junio de 2021 Rad. 08001-2333-000- 2015-00331-01.

Refiere que la Corte Constitucional en Sentencias SU-98 de 2018 y SU-332 de 2019 consideró 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.

Alega que la entidad territorial tiene el deber de consignar las cesantías al Fomag y es responsable de manera conjunta con la Nación en virtud de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, pues en su criterio se generó una descentralización a la función que, previamente conforme lo consagrado en la Ley 91 de 1989 era únicamente desconcentrada en la Nación.

Considera además que la sanción por mora en las cesantías contenida en la ley 50 de 1990 cubre a todos los empleados públicos del orden nacional, en consonancia con el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, que expresa que dicha disposición se aplica sin importar lo que haya determinado la Ley 91 de 1989 en ese sentido, determinando el derecho que le asiste al docente reclamante en solicitar el pago de la sanción por inoportuna consignación anual (con posterioridad al 15 de febrero de cada año), por no pago de intereses antes del 30 de enero de cada año y por demora en reconocimiento y pago conforme la Ley 1071 de 2006.

2.4. Contestaciones

Nación -Ministerio de Educación -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

Afirma que las cesantías de la demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del Fomag.

Las normas en cita no contemplan la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica y física de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende la demandante, pues el Fomag se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración, lo cual se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”, pues

en lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

Así las cosas, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, para el escenario del Fomag, ya que lo que castiga la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes afiliados al Fomag, de contera se descarta algún tipo de sanción.

Propuso como única excepción la que denominó *“Inexistencia de la obligación”*

Departamento de Caldas:

Refiere que conforme el artículo 3° y el párrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es exclusiva del Fomag.

Aunado a que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional, establecido en la Ley 91 de 1989, en donde no está consagrada la indemnización moratoria, por lo que mal haría el despacho en reconocer una sanción inexistente en un régimen exceptuado, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de que trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el Fomag al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Formuló como medios exceptivos: *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* y *“Buena Fe”*.

2.5. Trámite procesal

Mediante auto del 20 de octubre de 2022 se admitió la demanda. Con providencia del 01 de marzo de 2023 se resolvieron las excepciones previas propuestas. A través de proveído de 10 de abril de 2023 el despacho consideró procedente emitir sentencia anticipada, en consecuencia, se pronunció sobre las pruebas y fijó el litigio. Por último, con auto del 21 de abril de 2023 se corrió traslado para alegar de conclusión.

2.6. Alegatos de Conclusión

Parte Demandante: Con escrito allegado el 28 de abril del año en curso aduce en suma que se encuentra probado que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías al Fomag dentro del término establecido, así

mismo, el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Afirma que, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el Fomag, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Dado que, la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, sin embargo, esta actuación solo vino a ser regulada por la Ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, se debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

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

Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: Se pronunció con memorial del 09 de mayo de 2023 indicando que luego de realizar un análisis de los diferentes regímenes de cesantías, adujo que a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del Fomag tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados, dada la naturaleza y estructura de este fondo que se gobierna por el principio de unidad de caja, el cual permite que con el recaudo de todos los rubros se conforme una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones económicas de los docentes (incluidas las cesantías y los intereses de las cesantías) y los servicios de salud.

De lo que se concluye en primer término, que en el Fomag no hay cuentas individuales para los docentes, y segundo, que los valores que corresponden a las cesantías no se consignan, sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Por ello, no es viable aplicar al caso concreto el contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues en el Fomag no se administran las cesantías a través de la creación de cuentas individuales a cada docente.

Para concluir, argumenta que en virtud de la “aplicación de la técnica de distinción” el Operador Judicial debe efectuar una valoración respecto de la identidad fáctico-jurídica contenida en la jurisprudencia alegada en la demanda, lo que permitirá evidenciar que los presupuestos de hecho y derecho que le imputa el demandante distan diametralmente de los acaecidos en las sentencias relacionadas, por lo que no pueden constituir precedente en el asunto objeto de estudio.

Solicita, por tanto, se denieguen las pretensiones de la demanda.

Departamento de Caldas: Sostuvo mediante escrito del 25 de abril del presente año que la Secretaría de Educación del departamento de Caldas no es responsable en la mora, pues cumplió con todos los parámetros legales a que se obliga frente a la solicitud de cesantías.

Las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG.

Concluye solicitando que se tenga como precedente lo dispuesto por el tribunal Administrativo de Antioquia, sala Cuarta, del 28 de septiembre de 2022, radicado 2022-00142, cuando indicó que:

“Desde ya se anuncia que la hipótesis que se sostendrá argumentativamente por esta Corporación, se concreta en denegar las súplicas de la demanda, en la medida en que el régimen de las cesantías e intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el contenido en la Ley 91 de 1981 y está reglamentado por el Acuerdo 039 de 1998 expedido por la Nación – Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, régimen que resulta incompatible con las regulaciones contenidas en el artículo 90 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, tal como se explicará detalladamente en el acápite respectivo”.

El **Ministerio Público** guardó silencio en esta etapa del proceso.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Excepciones

Frente a la excepción de *“Inexistencia de la obligación”* formulada por la Nación -Ministerio de Educación –Fomag y las denominadas como *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* y *“buena fe”* elevadas por el departamento de Caldas, teniendo en cuenta la forma como fueron formuladas, las mismas tienen una relación directa con el fondo del asunto, motivo por el cual su decisión estará subsumida dentro del análisis general del conflicto planteado.

3.2. Problema y Análisis Jurídico

De conformidad con lo expuesto en Auto 703 del 10 de abril de 2023 que se pronunció sobre las pruebas y fijó el litigio, el problema jurídico a resolver se concreta en los siguientes interrogantes:

- i. **¿Debe declararse la nulidad del acto administrativo Nom 186 del 08 de septiembre de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías contemplados en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?**

Si la respuesta al anterior problema jurídico es positiva, el despacho se formula el siguiente problema jurídico subsiguiente:

- i. **¿Tiene derecho la señora ANGELA TATIANA HERRERA BELTRÁN como docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la presunta consignación tardía de sus cesantías del año 2020, y de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, que fueron cancelados después del 31 de enero de 2021?**
- ii. **¿Le asiste responsabilidad a la entidad territorial de concurrir al pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías y el pago tardío de los intereses de cesantías?**

3.3. Tesis del Despacho

Con fundamento en los parámetros jurídicos y jurisprudenciales que se pasaran a esbozar, encuentra el juzgado que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, dado que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se rige

por la Ley 91 de 1989 y normas concordantes, por ende, no son beneficiarios de la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, ni de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecido en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

3.4. Premisas Normativas y Jurisprudenciales

Del régimen de cesantías anualizadas del sector privado y público.

Este régimen de cesantías hace alusión a que, anualmente, el empleador paga al trabajador las cesantías devengadas a través de la consignación en la administradora de cesantías -a elección del trabajador- antes del 15 de febrero de cada año y, así mismo cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente antes del 31 de enero de cada año.

En el sector privado este régimen se instituyó mediante la Ley 50 de 1990 *“Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”*, mientras que en el sector público se regula a través de la Ley 344 de 1996.

En necesario precisar que el Congreso de la República al expedir la Ley 344 de 1996 desmontó el sistema de retroactividad de las cesantías con el objeto de racionalizar el gasto público, y en su artículo 13 creó y estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, en los siguientes términos:

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

- a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;
- b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.

Parágrafo. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

La referida ley fue publicada en el Diario Oficial No. 42.951 del 31 de diciembre de 1996, por lo que las personas que se vincularon a partir de esa fecha a los órganos y entidades estatales (servidores públicos del nivel nacional, departamental, distrital o municipal), se gobiernan por el régimen anualizado de cesantías.

Por lo anterior, el régimen de liquidación anual de cesantías prácticamente se universalizó a partir del 31 de diciembre 1996, con corte a 31 de diciembre de cada año, debiéndose liquidar a favor del servidor público la prestación en forma definitiva por el año completo o la fracción laborada, salvo que la relación de trabajo termine en una fecha diferente.

Debe resaltarse además que el artículo en cita al establecer “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, excluyó de forma diáfana su aplicación a los docentes cobijados por dicha norma.

Más adelante, por medio del Decreto 1582 de 1998¹, el Gobierno Nacional reglamentó parcialmente el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 (liquidación de la cesantía anualizada), disponiendo en su artículo 1º, lo siguiente:

“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.

Parágrafo. - Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998”.

Quiere significar lo anterior que el régimen de cesantías anualizado creado por la Ley 50 de 1990, posteriormente aplicado a los empleados públicos en virtud de la Ley 344 de 1996, consiste en que cada año en fecha 31 de diciembre se efectúa una liquidación definitiva de las cesantías y el valor que esta operación arroje es consignado el año siguiente en **una cuenta individual del fondo de cesantías que el empleado elija**; cuya falta de consignación oportuna del monto liquidado como cesantía tiene como consecuencia jurídica a cargo del empleador el pago de una sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo (artículo 99 Ley 50 de 1990).

Frente al pago tardío de los intereses a las cesantías la Ley 50 de 1990, no consagró sanción alguna, razón por la cual, frente a este régimen se acude al artículo 1 de la Ley 52 de 1975, Por la cual se reconocen los intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares, el cual reza: “*Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente aquel en que se causaron, o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere*

¹ “Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia”.

*antes del 31 de diciembre del respectivo periodo anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año”, ello so pena de cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados conforme lo dispuesto en el numeral 3° *ibidem*.*

Del régimen especial prestacional docente

El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, entidad vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyos recursos son operados por la Fiduciaria La Previsora S.A., canon que de forma clara, en su inciso final, estableció que el Fondo sería dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial **sin afectar el principio de unidad de caja**.

La norma mencionada dispuso además todo lo concerniente a las prestaciones sociales reconocidas a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional y entidades territoriales, estableciendo de paso en su artículo 1° el régimen aplicable al personal docente nacional, nacionalizado y territorial, consagrando en todo caso en su artículo 4° lo siguiente:

“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”.

Por su parte, el numeral 1° de su artículo 15 establece que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 se regirá de la siguiente manera: **i)** 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, **ii)** y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para los mismos efectos, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del

orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en esta ley.

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

“3. Cesantías:

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

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

Significa lo anterior que los docentes nacionalizados, quienes fueron nombrados por los municipios, departamentos y distritos mediante facultades propias y con cargo a sus propios recursos, siempre que no surja un nuevo nombramiento que varíe sus condiciones, continuarán rigiéndose por la normatividad de la entidad territorial, es decir que en lo que atañe a las cesantías se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial.

Frente a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se dispuso que se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, sometido al **régimen especial de cesantías consagrado en la Ley 91 de 1989, modificado parcialmente por la Ley 812 de 2003**, al cual tienen derecho al momento de su vinculación al servicio docente, dado que su afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es obligatoria y opera de forma automática.

Tal y como se observa, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y

nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989, compendio que excluyó lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de transición normativa; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, nacionales y nacionalizados, estableció que su régimen aplicable sería el de los empleados públicos del orden nacional.

Es decir, solo los docentes territoriales y/o nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 podrían continuar con el régimen de cesantías vigente hasta antes de la Ley 91 de 1989, mientras que los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989 fueron cobijados por el nuevo régimen especial.

Posteriormente, el Ministerio de Educación Nacional a través del Decreto No. 3752 de 22 de diciembre de 2003, reglamentó, entre otros aspectos, el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estableciendo cómo deben hacerse los aportes y la transferencia de los recursos a este fondo; norma que en sus artículos 7 y 10 prevé:

“Artículo 7º 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 8º del presente decreto.”

Artículo 10º.- 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. (...)

Por su parte, la Ley 1955 de 2019 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022”, en el inciso 3 del artículo 57 frente a la eficiencia en la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, luego de establecer cómo deben ser reconocidas, liquidadas y pagadas las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989, consagró:

“(…) 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.” (líneas fuera del texto original)

El artículo 324 de la Ley 2294 de 2023, Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 "Colombia Potencia Mundial de la Vida, vigente a partir del 19 de mayo de 2023, modificó el parágrafo transitorio del artículo 57 de la ley 1955 de 2019 que consagra lo referente a la financiación del pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, indicando que comprende también las causadas a diciembre de 2022, pero **no modificó la obligatoriedad de atender al principio de unidad de caja para el pago de prestaciones económicas.**

Conforme la normativa parcialmente transcrita, es claro entonces que en virtud de lo establecido en la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está conformado como una cuenta especial adscrita al Ministerio de Educación Nacional, que se sostiene y está constituida por los giros efectuados por la Nación y los aportes realizados por las entidades territoriales, en sus diferentes modalidades (artículo 8 de la Ley 91 de 1989), **la cual es administrada a través del principio presupuestal de unidad de caja.**

Es decir, que estos recursos son consignados en un fondo común en el que los recursos siempre están a disposición para atender el pago de las prestaciones de los docentes cuando éstos cumplan con los requisitos señalados en la ley para acceder a estas, dado que este sistema permite tener recursos de forma continua y permanente, cuyo trámite está regulado por el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual consiste en que la secretaría de educación territorial a la cual se encuentra adscrito cada docente debe realizar anualmente el reporte de liquidación de las cesantías y de los intereses a las cesantías, con plazo de reporte el 5 de febrero de cada año, por su parte, la Fiduprevisora como vocera del Fomag debe realizar el depósito de los intereses a las cesantías en el mes de marzo de cada año siguiente.

En conclusión, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **no se administra mediante cuentas individualizadas asignadas a cada empleado en un fondo privado e independiente**, como lo establece la Ley 50 de 1990.

En todo caso, al estar constituida como una **cuenta de carácter especial**, esto excluye de por sí el empleo de regímenes de cesantías aplicables a los particulares y otros servidores públicos, es más, se recalca que la Ley 344 de 1996 por el cual se regula el régimen de cesantías del sector público en su artículo 13 al establecer “Sin perjuicio de

los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, excluyó de forma expresa su aplicación a los docentes cobijados por dicha norma.

Se tiene entonces, que los docentes tienen un régimen especial configurado en la Ley 91 de 1989, distinto al régimen anualizado de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990 previsto en principio para los trabajadores de derecho privado y luego aplicado a los empleados públicos bajo la extensión de la Ley 344 de 1996.

Si bien la corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 consideró 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*”, y que “(...) *aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 (...), no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción (...), el Consejo de Estado como Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha considerado², al interpretar la sentencia previamente descrita, que:*

- (i) el fondo administrador de las cesantías de los docentes es el FOMAG, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989, a diferencia de los fondos administradores de cesantías,
- (ii) respecto a la liquidación y manejo de cesantías, en la ley 50 de 1990 se previó la liquidación definitiva a 31 de diciembre y su consignación antes del 15 de febrero del año siguiente, diferente a la administración de los recursos que tiene a su cargo el FOMAG, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio, y
- (iii) frente a los intereses de las cesantías que establece el numeral 2° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, los afiliados al FOMAG reciben un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera, lo cual resulta más beneficioso para el docente afiliado al FOMAG.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01, sentencia del 24 de enero de 2019

Expuso el Consejo de Estado³ lo siguiente:

“Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, como « una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por el Gobierno Nacional en orden a:

«a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional; b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.>>

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

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

En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy

³ *Ibidem*.

Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Con fundamento en las anteriores premisas, concluyó el Consejo de Estado que:

“Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia” (Énfasis del Despacho).

Se hace necesario precisar que si bien en la jurisprudencia previamente citada proferida por el Consejo de Estado se accedió a la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, el supuesto fáctico obedeció a que la docente no se había afiliado al FOMAG por el periodo comprendido entre 2003 a 2007, dado que su afiliación por parte del municipio de Santiago de Cali se realizó en esta última fecha. Así, ante el incumplimiento de la obligación de afiliación de la docente, se accedió al pago de la sanción moratoria por el periodo comprendido con anterioridad a su afiliación, situación que dista de lo expuesto por la parte actora en el presente medio de control.

De otro lado, no se desconoce que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y alguna jurisprudencia del Consejo de Estado han sentado que el personal docente, en virtud del principio de favorabilidad, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías contenida en la Ley 1071 de 2006, no obstante, en criterio de este Despacho, tal precedente no puede extenderse a las sanciones contempladas en la Ley 50 de 1990 y a la indemnización de la Ley 52 de 1975, al tratarse de regímenes de cesantías disimiles a las otorgadas por la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tal y como se explicó en antelación, motivo por el cual se considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes y anotados por la parte demandante en el escrito de demanda para sustentar sus pretensiones, no pueden aplicarse al caso objeto de examen.

En línea con lo anterior, el Tribunal Administrativo de Caldas⁴ ha considerado que:

⁴ Sentencia del 31 de marzo de 2023, radicado 17001333300420220016402, M. P. Dohor Edwin Varón Vivas

“(…) [E]s claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.** (resaltado del texto original).

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en la Ley 50 de 1990 artículo 99, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

Es más la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006 y el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación CE-SUJ2 No. 001 de 2016, determinaron de forma diáfana que, en el régimen especial de cesantías docentes frente a otros regímenes de cesantías, no se da vulneración del derecho a la igualdad, dado que, en la aplicación del test de igualdad, no es posible verificar el primer elemento del juicio integrado de igualdad, concerniente a la existencia de un *patrón de igualdad o tertium comparationis*.

3.5. Análisis del caso concreto

Teniendo en cuenta el material probatorio obrante en el plenario, el cual fue incorporado siguiendo las formalidades establecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes, se observa que la señora **ANGELA TATIANA HERRERA BELTRÁN**, conforme certificación de extracto de intereses a las cesantías expedida por La Fiduprevisora S.A.⁵, es docente vinculada al departamento de Caldas, afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya fuente de recursos proviene del Sistema de General de Participación.

En razón a esto, se encuentra cobijada por el régimen espacial de cesantías contenido en la Ley 91 de 1989, regulado por el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que excluye que la demandante pueda reclamar el reconocimiento y pago de la sanción por consignación extemporánea de las cesantías consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 desde

⁵ Archivo “02EscritoDemandaAnexos” del expediente electrónico, p. 73 a 74.

el 15 de febrero de 2021, y la indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, por ser un régimen diferente, aplicable a los empleados públicos afiliados a fondos de cesantías privados o al Fondo Nacional del Ahorro, conforme a la Ley 344 de 1996 y sus decretos reglamentarios.

Lo anterior, sumado a que, como se anotó en líneas anteriores, los procedimientos y reconocimientos de cada régimen resultan sustancialmente diferentes, por lo que no es plausible, equiparar uno con el otro, como quiera que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es administrado a través del principio presupuestal de unidad de caja, la cual está conformada por los aportes efectuados por la Nación y las entidades territoriales, en diferentes oportunidades, para que el Fondo permanentemente cuente con recursos para realizar el pago de las prestaciones sociales de los docentes, entre ellas, las cesantías e intereses a las cesantías.

Mientras que el régimen regulado por la Ley 50 de 1990, se administra mediante cuentas individualizadas asignadas a cada empleado en un fondo privado e independiente o al Fondo Nacional de Ahorro, a elección del empleado.

3.6. Conclusión

Con base en las consideraciones expuestas se negarán las pretensiones de la demanda y se declararán fundadas las excepciones de *“Inexistencia de la obligación”* formulada por la Nación -Ministerio de Educación -Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio e *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* propuesta por el departamento de Caldas, sin que sea necesario efectuar pronunciamiento alguno frente a los demás medios exceptivos, ante la prosperidad de estos.

3.7. Costas

No se condena en costas en virtud de lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, inciso adicionado por la ley 2080 de 2021, al observarse que la demanda no se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, como tampoco se observa que estas se encuentren causadas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR FUNDADAS las excepciones *“inexistencia de la obligación”* formulada por la **NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO DE**

PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO e *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* propuesta por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, por aludido en precedencia, lo que releva al juzgado de efectuar el estudio de los demás medios exceptivos ante la prosperidad de los primeros.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instauró la señora **ANGELA TATIANA HERRERA BELTRÁN** en contra de **LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

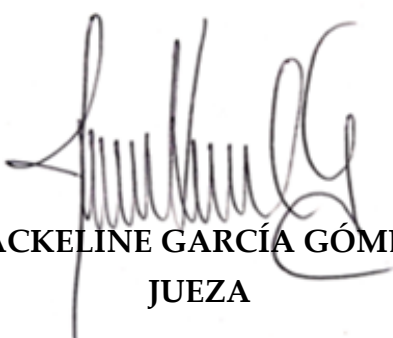
TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente expuesto.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

QUINTO: La presente sentencia queda notificada en estados de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

CCMP/Sust.

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 26/06/2023


MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

Micrositio Web PUBLICACIÓN ESTADOS ELECTRÓNICOS:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-administrativo-de-descongestion-de-manizales/474>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE MANIZALES**

Manizales, veintitrés (23) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia N°:	114-2023
Radicación:	17001-33-39-007-2022-00017-00
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	LUZ DARY RESTREPO MARTINEZ
Demandado:	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DE CALDAS
Instancia:	PRIMERA

1. ASUNTO

En los términos del inciso final del numeral 1° artículo 182A de la Ley 1437, procede el Despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia. Para el efecto se tendrá en cuenta lo precisado en el Auto No. 910 de 08 de mayo de 2023 que se pronunció sobre las pruebas de las partes y fijó el litigio.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones

Solicita la parte demandante, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, que se realicen las siguientes declaraciones:

“1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como NOM. 446 DEL 22 DE SEPTIEMBRE DE 2021, EXPEDIDO POR CARMENZA QUINTERO TORRES PROFESIONAL UNIVERSITARIO NÓMINA donde niegan el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de

retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FOMAG Y LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, de manera solidaria, le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la indemnización, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

Condenas

1. Condenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG Y LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

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

3. Condenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG Y A LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las

cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

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

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

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

2.2. Fundamentos fácticos de la demanda

Indica que la demandante por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021 y sus cesantías sea canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021.

Ni la entidad territorial ni el Ministerio de Educación Nacional han procedido de manera efectiva a consignar los intereses de las cesantías ni las cesantías que corresponden a la labor docente de la demandante como servidora pública del año 2020 ante la FIDUCIARIA LA PREVISORA o el FOMAG, por lo que deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas desde el 01 de enero de 2021 para el caso de los intereses de las cesantías y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías que debían haber sido consignadas.

Con fecha 10 de septiembre de 2021, se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora

y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante el acto administrativo demandado las pretensiones elevadas.

2.3. Normas Violadas y Concepto de Transgresión

En el escrito de demanda como normas violadas, se alegaron las siguientes:

Artículos 13 y 53 de la Constitución Política de Colombia.

Artículos 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.

Artículo 1° de la Ley 52 de 1975.

Artículo 13 de la Ley 344 de 1996.

Artículo 5° de la Ley 432 de 1998.

Artículo 3° del Decreto Nacional 1176 de 1991.

Artículos 1 y 2 del Decreto Nacional 1582 de 1998.

Frente al concepto de violación refirió la parte demandante, en síntesis, que seguir sosteniendo por parte del Ministerio de Hacienda que apropia unos recursos para sufragar el costo de los anticipos de cesantías en el mes de julio de cada año para los docentes que vayan solicitando cesantías que lo requieran, no despoja de la obligación a las entidades territoriales y a la Nación -Ministerio de Educación Nacional de consignar las cesantías a todos los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990 en la respectiva cuenta individual del docente, el 15 de febrero de cada anualidad, así el docente no las solicite.

Afirma que es un hecho notorio para la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que desde el año 2010 hasta la fecha a los docentes que han solicitado cesantías parciales se les ha demorado su pago, venciendo los términos de la ley 1071 del año 2006, evidenciando que sus cesantías cuando iban a ser solicitadas no se encontraban consignadas en el Fomag.

Agrega que cuando se expidió la ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la ley 91 del 29 de diciembre de 1989, la finalidad fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Honorable Corte Constitucional C- 486 DE 2016, SU 098 DE 2018, SU 332 DE 2019, y la SU 041 DE 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactividad a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar 15 de febrero de cada anualidad, so pena de la cancelación de la sanción por mora que ahora solicita.

Al tratarse de unas cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero y ser consignadas en el Fomag antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de servidores públicos.

Para sustentar su posición cita apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado de 6 de agosto de 2020 Exp. 0833-16, 24 de enero de 2019 Exp. 4854-2014, 21 de febrero de 2019 Rad. 54001-2333-000-2016-00236-01, 10 de julio de 2020 Rad. 08001-2333-000- 2014-00208-01, 12 de noviembre de 2020 Rad. 08001-2333-000-2014-00132-01, 17 de junio de 2021 Exp. 4979-2017, y 17 de junio de 2021 Rad. 08001-2333-000- 2015-00331-01.

Refiere que la Corte Constitucional en Sentencias SU-98 de 2018 y SU-332 de 2019 consideró 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.

Alega que la entidad territorial tiene el deber de consignar las cesantías al Fomag y es responsable de manera conjunta con la Nación en virtud de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, pues en su criterio se generó una descentralización a la función que, previamente conforme lo consagrado en la Ley 91 de 1989 era únicamente desconcentrada en la Nación.

Considera además que la sanción por mora en las cesantías contenida en la ley 50 de 1990 cubre a todos los empleados públicos del orden nacional, en consonancia con el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, que expresa que dicha disposición se aplica sin importar lo que haya determinado la Ley 91 de 1989 en ese sentido, determinando el derecho que le asiste al docente reclamante en solicitar el pago de la sanción por inoportuna consignación anual (con posterioridad al 15 de febrero de cada año), por no pago de intereses antes del 30 de enero de cada año y por demora en reconocimiento y pago conforme la Ley 1071 de 2006.

2.4. Contestaciones

Nación -Ministerio de Educación -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

Afirma que las cesantías de la demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del Fomag.

Las normas en cita no contemplan la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica y física de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende la demandante, pues el Fomag se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración, lo cual se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”, pues en lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

Así las cosas, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, para el escenario del Fomag, ya que lo que castiga la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes afiliados al Fomag, de contera se descarta algún tipo de sanción.

Propuso como única excepción la que denominó *“Inexistencia de la obligación”*

Departamento de Caldas:

Refiere que conforme el artículo 3° y el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es exclusiva del Fomag.

Aunado a que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional, establecido en la Ley 91 de 1989, en donde no está consagrada la indemnización moratoria, por lo que mal haría el despacho en reconocer una sanción inexistente en un régimen exceptuado, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de que trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el Fomag al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Formuló como medios exceptivos: *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* y *“Buena Fe”*.

2.5. Trámite procesal

Mediante auto del 11 de octubre de 2022 se admitió la demanda. Con providencia del 24 de abril de 2023 se resolvieron las excepciones previas propuestas. A través de proveído de 08 de mayo de 2023 el despacho consideró procedente emitir sentencia anticipada, en consecuencia, se pronunció sobre las pruebas, fijó el litigio y corrió traslado para alegar de conclusión.

2.6. Alegatos de Conclusión

Parte Demandante: No se pronunció en esta etapa procesal.

Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: Se pronunció con memorial del 23 de mayo de 2023 indicando que luego de realizar un análisis de los diferentes regímenes de cesantías, adujo que a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del Fomag tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados, dada la naturaleza y estructura de este fondo que se gobierna por el principio de unidad de caja, el cual permite que con el recaudo de todos los rubros se conforme una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones económicas de los docentes (incluidas las cesantías y los intereses de las cesantías) y los servicios de salud.

De lo que se concluye en primer término, que en el Fomag no hay cuentas individuales para los docentes, y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan, sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Por ello, no es viable aplicar al caso concreto el contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues en el Fomag no se administran las cesantías a través de la creación de cuentas individuales a cada docente.

Para concluir, argumenta que en virtud de la “aplicación de la técnica de distinción” el Operador Judicial debe efectuar una valoración respecto de la identidad fáctico-jurídica contenida en la jurisprudencia alegada en la demanda, lo que permitirá evidenciar que los presupuestos de hecho y derecho que le imputa el demandante distan diametralmente de los acaecidos en las sentencias relacionadas, por lo que no pueden constituir precedente en el asunto objeto de estudio.

Solicita, por tanto, se denieguen las pretensiones de la demanda

Departamento de Caldas: Sostuvo mediante escrito del 16 de mayo del presente año que la Secretaría de Educación del departamento de Caldas no es responsable en la mora, pues cumplió con todos los parámetros legales a que se obliga frente a la solicitud de cesantías.

Las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que

hace Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG.

Concluye solicitando que se tenga como precedente lo dispuesto por el tribunal Administrativo de Antioquia, sala Cuarta, del 28 de septiembre de 2022, radicado 2022-00142, cuando indicó que:

“Desde ya se anuncia que la hipótesis que se sostendrá argumentativamente por esta Corporación, se concreta en denegar las súplicas de la demanda, en la medida en que el régimen de las cesantías e intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el contenido en la Ley 91 de 1981 y está reglamentado por el Acuerdo 039 de 1998 expedido por la Nación – Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, régimen que resulta incompatible con las regulaciones contenidas en el artículo 90 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, tal como se explicará detalladamente en el acápite respectivo”.

El **Ministerio Público** guardó silencio en esta etapa del proceso.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Excepciones

Frente a la excepción de *“Inexistencia de la obligación”* formulada por la Nación -Ministerio de Educación –Fomag y las denominadas como *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* y *“buena fe”* elevadas por el departamento de Caldas, teniendo en cuenta la forma como fueron formuladas, las mismas tienen una relación directa con el fondo del asunto, motivo por el cual su decisión estará subsumida dentro del análisis general del conflicto planteado.

3.2. Problema y Análisis Jurídico

De conformidad con lo expuesto en Auto 703 del 10 de abril de 2023 que se pronunció sobre las pruebas y fijó el litigio, el problema jurídico a resolver se concreta en los siguientes interrogantes:

- i. **¿Debe declararse la nulidad del acto administrativo Nom 446 del 22 de septiembre de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías contemplados en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?**

Si la respuesta al anterior problema jurídico es positiva, el despacho se formula el siguiente problema jurídico subsiguiente:

- i. **¿Tiene derecho la señora LUZ DARY RESTREPO MARTINEZ como docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la presunta consignación tardía de sus cesantías del año 2020, y de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, que fueron cancelados después del 31 de enero de 2021?**
- ii. **¿Le asiste responsabilidad a la entidad territorial de concurrir al pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías y el pago tardío de los intereses de cesantías?**

3.3. Tesis del Despacho

Con fundamento en los parámetros jurídicos y jurisprudenciales que se pasaran a esbozar, encuentra el juzgado que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, dado que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se rige por la Ley 91 de 1989 y normas concordantes, por ende, no son beneficiarios de la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, ni de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecido en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

3.4. Premisas Normativas y Jurisprudenciales

Del régimen de cesantías anualizadas del sector privado y público.

Este régimen de cesantías hace alusión a que, anualmente, el empleador paga al trabajador las cesantías devengadas a través de la consignación en la administradora de cesantías -a elección del trabajador- antes del 15 de febrero de cada año y, así mismo cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente antes del 31 de enero de cada año.

En el sector privado este régimen se instituyó mediante la Ley 50 de 1990 *“Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”*, mientras que en el sector público se regula a través de la Ley 344 de 1996.

En necesario precisar que el Congreso de la República al expedir la Ley 344 de 1996 desmontó el sistema de retroactividad de las cesantías con el objeto de racionalizar el gasto público, y en su artículo 13 creó y estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, en los siguientes términos:

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

- a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;
- b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.

Parágrafo. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

La referida ley fue publicada en el Diario Oficial No. 42.951 del 31 de diciembre de 1996, por lo que las personas que se vincularon a partir de esa fecha a los órganos y entidades estatales (servidores públicos del nivel nacional, departamental, distrital o municipal), se gobiernan por el régimen anualizado de cesantías.

Por lo anterior, el régimen de liquidación anual de cesantías prácticamente se universalizó a partir del 31 de diciembre 1996, con corte a 31 de diciembre de cada año, debiéndose liquidar a favor del servidor público la prestación en forma definitiva por el año completo o la fracción laborada, salvo que la relación de trabajo termine en una fecha diferente.

Debe resaltarse además que el artículo en cita al establecer “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, excluyó de forma diáfana su aplicación a los docentes cobijados por dicha norma.

Más adelante, por medio del Decreto 1582 de 1998¹, el Gobierno Nacional reglamentó parcialmente el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 (liquidación de la cesantía anualizada), disponiendo en su artículo 1º, lo siguiente:

“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

¹ “Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia”.

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.

Parágrafo. - Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998”.

Quiere significar lo anterior que el régimen de cesantías anualizado creado por la Ley 50 de 1990, posteriormente aplicado a los empleados públicos en virtud de la Ley 344 de 1996, consiste en que cada año en fecha 31 de diciembre se efectúa una liquidación definitiva de las cesantías y el valor que esta operación arroje es consignado el año siguiente en **una cuenta individual del fondo de cesantías que el empleado elija**; cuya falta de consignación oportuna del monto liquidado como cesantía tiene como consecuencia jurídica a cargo del empleador el pago de una sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo (artículo 99 Ley 50 de 1990).

Frente al pago tardío de los intereses a las cesantías la Ley 50 de 1990, no consagró sanción alguna, razón por la cual, frente a este régimen se acude al artículo 1 de la Ley 52 de 1975, Por la cual se reconocen los intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares, el cual reza: *“Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente aquel en que se causaron, o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo periodo anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año”*, ello so pena de cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados conforme lo dispuesto en el numeral 3° *ibidem*.

Del régimen especial prestacional docente

El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, entidad vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyos recursos son operados por la Fiduciaria La Previsora S.A., canon que de forma clara, en su inciso final, estableció que el Fondo sería dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial **sin afectar el principio de unidad de caja**.

La norma mencionada dispuso además todo lo concerniente a las prestaciones sociales reconocidas a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional y entidades territoriales, estableciendo de paso en su artículo 1° el régimen aplicable al

personal docente nacional, nacionalizado y territorial, consagrando en todo caso en su artículo 4° lo siguiente:

“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”.

Por su parte, el numeral 1° de su artículo 15 establece que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 se registrará de la siguiente manera: **i)** 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, **ii)** y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para los mismos efectos, se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en esta ley.

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

“3. Cesantías:

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

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

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

Significa lo anterior que los docentes nacionalizados quienes fueron nombrados por los municipios, departamentos y distritos mediante facultades propias y con cargo a sus propios recursos, si no surge un nuevo nombramiento que varíe sus condiciones, continuarán rigiéndose por la normatividad de la entidad territorial, es decir que en lo que atañe a las cesantías se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial.

Frente a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se dispuso que se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, sometido al **régimen especial de cesantías consagrado en la Ley 91 de 1989, modificado parcialmente por la Ley 812 de 2003**, al cual tienen derecho al momento de su vinculación al servicio docente, dado que su afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es obligatoria y opera de forma automática.

Tal y como se observa, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989, compendio que excluyó lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de transición normativa; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, nacionales y nacionalizados, estableció que su régimen aplicable sería el de los empleados públicos del orden nacional.

Es decir, solo los docentes territoriales y/o nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 podrían continuar con el régimen de cesantías vigente hasta antes de la Ley 91 de 1989, mientras que los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989 fueron cobijados por el nuevo régimen especial.

Posteriormente, el Ministerio de Educación Nacional a través del Decreto No. 3752 de 22 de diciembre de 2003, reglamentó, entre otros aspectos, el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estableciendo cómo deben hacerse los aportes y la transferencia de los recursos a este fondo; norma que en sus artículos 7 y 10 prevé:

“Artículo 7º 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 8º del presente decreto.”

Artículo 10º.- 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. (...)

Por su parte, la Ley 1955 de 2019 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022”, en el inciso 3 del artículo 57 frente a la eficiencia en la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, luego de establecer cómo deben ser reconocidas, liquidadas y pagadas las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989, consagró:

“(…) 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.” (líneas fuera del texto original)

El artículo 324 de la Ley 2294 de 2023, Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 "Colombia Potencia Mundial de la Vida, vigente a partir del 19 de mayo de 2023, modificó el párrafo transitorio del artículo 57 de la ley 1955 de 2019 que consagra lo referente a la financiación del pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, indicando que comprende también las causadas a diciembre de 2022, pero **no modificó la obligatoriedad de atender al principio de unidad de caja para el pago de prestaciones económicas.**

Conforme la normativa parcialmente transcrita, es claro entonces que en virtud de lo establecido en la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está conformado como una cuenta especial adscrita al Ministerio de Educación Nacional, que se sostiene y está constituida por los giros efectuados por la

Nación y los aportes realizados por las entidades territoriales, en sus diferentes modalidades (artículo 8 de la Ley 91 de 1989), **la cual es administrada a través del principio presupuestal de unidad de caja.**

Es decir, que estos recursos son consignados en un fondo común en el que los recursos siempre están a disposición para atender el pago de las prestaciones de los docentes cuando éstos cumplan con los requisitos señalados en la ley para acceder a estas, dado que este sistema permite tener recursos de forma continua y permanente, cuyo trámite está regulado por el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual consiste en que la secretaría de educación territorial a la cual se encuentra adscrito cada docente debe realizar anualmente el reporte de liquidación de las cesantías y de los intereses a las cesantías, con plazo de reporte el 5 de febrero de cada año, por su parte, la Fiduprevisora como vocera del Fomag debe realizar el depósito de los intereses a las cesantías en el mes de marzo de cada año siguiente.

En conclusión, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **no se administra mediante cuentas individualizadas asignadas a cada empleado en un fondo privado e independiente**, como lo establece la Ley 50 de 1990.

En todo caso, al estar constituida como una **cuenta de carácter especial**, esto excluye de por sí el empleo de regímenes de cesantías aplicables a los particulares y otros servidores públicos, es más, se recalca que la Ley 344 de 1996 por el cual se regula el régimen de cesantías del sector público en su artículo 13 al establecer “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, excluyó de forma expresa su aplicación a los docentes cobijados por dicha norma.

Se tiene entonces, que los docentes tienen un régimen especial configurado en la Ley 91 de 1989, distinto al régimen anualizado de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990 previsto en principio para los trabajadores de derecho privado y luego aplicado a los empleados públicos bajo la extensión de la Ley 344 de 1996.

Si bien la corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 consideró 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*”, y que “(...) *aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 (...), no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción (...)*, el Consejo de Estado como Máximo Órgano de la

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha considerado², al interpretar la sentencia previamente descrita, que:

- (i) el fondo administrador de las cesantías de los docentes es el FOMAG, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989, a diferencia de los fondos administradores de cesantías,
- (ii) respecto a la liquidación y manejo de cesantías, en la ley 50 de 1990 se previó la liquidación definitiva a 31 de diciembre y su consignación antes del 15 de febrero del año siguiente, diferente a la administración de los recursos que tiene a su cargo el FOMAG, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio, y
- (iii) (iii) frente a los intereses de las cesantías que establece el numeral 2° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, los afiliados al FOMAG reciben un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera, y esto último lo cual resulta más beneficioso para el docente afiliado al FOMAG.

Expuso el Consejo de Estado³ lo siguiente:

“Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989, como « una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por el Gobierno Nacional en orden a:

«a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional; b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.>>

² Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Segunda, Subseccion B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01, sentencia del 24 de enero de 2019

³ *Ibidem*.

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

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

En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Con fundamento en las anteriores premisas, concluyó el Consejo de Estado que:

Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia” (Énfasis del Despacho).

Se hace necesario precisar que si bien en la jurisprudencia previamente citada proferida por el Consejo de Estado se accedió a la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, el supuesto fáctico obedeció a que la docente no se había afiliado al FOMAG por el periodo comprendido entre 2003 a 2007, dado que su

afiliación por parte del municipio de Santiago de Cali se realizó en esta última fecha. Así, ante el incumplimiento de la obligación de afiliación de la docente, se accedió al pago de la sanción moratoria por el periodo comprendido con anterioridad a su afiliación, situación que dista de lo expuesto por la parte actora en el presente medio de control.

De otro lado, no se desconoce que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y alguna jurisprudencia del Consejo de Estado han sentado que el personal docente, en virtud del principio de favorabilidad, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías contenida en la Ley 1071 de 2006, no obstante, en criterio de este Despacho, tal precedente no puede extenderse a las sanciones contempladas en la Ley 50 de 1990 y a la indemnización de la Ley 52 de 1975, al tratarse de regímenes de cesantías disímiles a las otorgadas por la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tal y como se dejó explico en antelación, motivo por el cual se considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes y anotados por la parte demandante en el escrito de demanda para sustentar sus pretensiones, no pueden aplicarse al caso objeto de examen.

En línea con lo anterior, el Tribunal Administrativo de Caldas⁴ ha considerado que:

“(…) [E]s claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.** (resaltado del texto original).

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en la Ley 50 de 1990 artículo 99, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

Es más la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006 y el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación CE-SUJ2 No. 001 de 2016, determinaron de forma diáfana que,

⁴ Sentencia del 31 de marzo de 2023, radicado 17001333300420220016402, M. P. Dohor Edwin Varón Vivas

en el régimen especial de cesantías docentes frente a otros regímenes de cesantías, no se da vulneración del derecho a la igualdad, dado que, en la aplicación del test de igualdad, no es posible verificar el primer elemento del juicio integrado de igualdad, concerniente a la existencia de un *patrón de igualdad o tertium comparationis*.

3.5. Análisis del caso concreto

Teniendo en cuenta el material probatorio obrante en el plenario, el cual fue incorporado siguiendo las formalidades establecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes, se observa que la señora **LUZ DARY RESTREPO MARTINEZ** conforme con certificación de extracto de intereses a las cesantías expedida por La Fiduprevisora S.A.⁵ es docente vinculada al departamento de Caldas, afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya fuente de cursos proviene del Sistema de General de Participación.

En razón a esto, se encuentra cobijada por el régimen especial de cesantías contenido en la Ley 91 de 1989, regulado por el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que excluye que la demandante pueda reclamar el reconocimiento y pago de la sanción por consignación extemporánea de las cesantías consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 desde el 15 de febrero de 2021, y la indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, por ser un régimen diferente, aplicable a los empleados públicos afiliados a fondos de cesantías privados o al Fondo Nacional del Ahorro, conforme a la Ley 344 de 1996 y sus decretos reglamentarios.

Lo anterior, sumado a que, como se anotó en líneas anteriores, los procedimientos y reconocimientos de cada régimen resultan sustancialmente diferentes, por lo que no es plausible, equiparar uno con el otro, como quiera que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es administrado a través del principio presupuestal de unidad de caja, la cual está conformada por los aportes efectuados por la Nación y las entidades territoriales, en diferentes oportunidades, para que el Fondo permanentemente cuente con recursos para realizar el pago de las prestaciones sociales de los docentes, entre ellas, las cesantías e intereses a las cesantías.

En tanto que el régimen regulado por la Ley 50 de 1990, se administra mediante cuentas individualizadas asignadas a cada empleado en un fondo privado e independiente o al Fondo Nacional de Ahorro, a elección del empleado.

3.6. Conclusión

⁵ Archivo "02EscritoDemandaAnexos" del expediente electrónico, p. 74 a 75.

Con base en las consideraciones expuestas se negarán las pretensiones de la demanda y se declararán fundadas las excepciones de *“Inexistencia de la obligación”* formulada por la Nación -Ministerio de Educación -Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio e *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* propuesta por el departamento de Caldas, sin que sea necesario efectuar pronunciamiento alguno frente a los demás medios exceptivos, ante la prosperidad de estos.

3.7. Costas

No se condena en costas en virtud de lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, inciso adicionado por la ley 2080 de 2021, al observarse que la demanda no se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, como tampoco se observa que estas se encuentren causadas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR FUNDADAS las excepciones *“inexistencia de la obligación”* formulada por la **NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** e *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* propuesta por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, por aludido en precedencia, lo que releva al juzgado de efectuar el estudio de los demás medios exceptivos ante la prosperidad de los primeros.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instauró la señora **LUZ DARY RESTREPO MARTINEZ** en contra de **LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

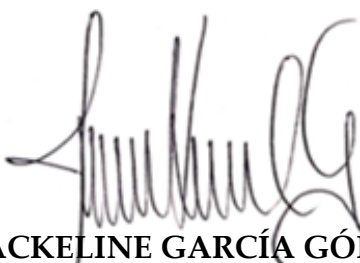
TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente expuesto.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

QUINTO: La presente sentencia queda notificada en estados de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

CCMP/Sust.

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 26/06/2023



MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

Micrositio Web PUBLICACIÓN ESTADOS ELECTRÓNICOS:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-administrativo-de-descongestion-de-manizales/474>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE MANIZALES**

Manizales, veintitrés (23) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia N°:	112-2023
Radicación:	17001-33-39-007-2022-00018-00
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	OLGA LUCIA DÍAZ GARCÍA
Demandado:	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DE CALDAS
Instancia:	PRIMERA

1. ASUNTO

En los términos del inciso final del numeral 1° artículo 182A de la Ley 1437, procede el Despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia. Para el efecto se tendrá en cuenta lo precisado en el Auto No. 704 de 10 de abril de 2023 que se pronunció sobre las pruebas de las partes y fijó el litigio.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones

Solicita la parte demandante, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, que se realicen las siguientes declaraciones:

“1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como NOM. 323 DEL 08 DE SEPTIEMBRE DE 2021, EXPEDIDO POR CARMENZA QUINTERO TORRES PROFESIONAL UNIVERSITARIO NÓMINA donde niegan el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de

retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FOMAG Y LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, de manera solidaria, le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la indemnización, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

Condenas

1. Condenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG Y LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

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

3. Condenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG Y A LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las

cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

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

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

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

2.2. Fundamentos fácticos de la demanda

Que la parte demandante por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021 y sus cesantías sea canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021.

Que ni la entidad territorial ni el Ministerio de Educación Nacional han procedido de manera efectiva a consignar los intereses de las cesantías ni las cesantías que corresponden a la labor docente del demandante como servidor público del año 2020 ante la FIDUCIARIA LA PREVISORA o el FOMAG, por lo que deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas desde el 01 de enero de 2021 para el caso de los intereses de las cesantías y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías que debían haber sido consignadas.

Con fecha 01 de septiembre de 2021, se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora

y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante el acto administrativo demandado las pretensiones invocadas.

2.3. Normas Violadas y Concepto de Transgresión

En el escrito de demanda como normas violadas, se alegaron las siguientes:

Artículos 13 y 53 de la Constitución Política de Colombia.

Artículos 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.

Artículo 1° de la Ley 52 de 1975.

Artículo 13 de la Ley 344 de 1996.

Artículo 5° de la Ley 432 de 1998.

Artículo 3° del Decreto Nacional 1176 de 1991.

Artículos 1 y 2 del Decreto Nacional 1582 de 1998.

Frente al concepto de violación refirió la parte demandante, en síntesis, que seguir sosteniendo por parte del Ministerio de Hacienda que apropia unos recursos para sufragar el costo de los anticipos de cesantías en el mes de julio de cada año para los docentes que vayan solicitando cesantías que lo requieran, no despoja de la obligación a las entidades territoriales y a la Nación -Ministerio de Educación Nacional de consignar las cesantías a todos los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990 en la respectiva cuenta individual del docente, el 15 de febrero de cada anualidad, así el docente no las solicite.

Afirma que es un hecho notorio para la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que desde el año 2010 hasta la fecha a los docentes que han solicitado cesantías parciales se les ha demorado su pago, venciendo los términos de la ley 1071 del año 2006, evidenciando que sus cesantías cuando iban a ser solicitadas no se encontraban consignadas en el Fomag.

Agrega que cuando se expidió la ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la ley 91 del 29 de diciembre de 1989, la finalidad fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Honorable Corte Constitucional C- 486 DE 2016, SU 098 DE 2018, SU 332 DE 2019, y la SU 041 DE 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactividad a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar 15 de febrero de cada anualidad, so pena de la cancelación de la sanción por mora que ahora solicita.

Al tratarse de unas cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero y ser consignadas en el Fomag antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de servidores públicos.

Para sustentar su posición cita apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado de 6 de agosto de 2020 Exp. 0833-16, 24 de enero de 2019 Exp. 4854-2014, 21 de febrero de 2019 Rad. 54001-2333-000-2016-00236-01, 10 de julio de 2020 Rad. 08001-2333-000- 2014-00208-01, 12 de noviembre de 2020 Rad. 08001-2333-000-2014-00132-01, 17 de junio de 2021 Exp. 4979-2017, y 17 de junio de 2021 Rad. 08001-2333-000- 2015-00331-01.

Refiere que la Corte Constitucional en Sentencias SU-98 de 2018 y SU-332 de 2019 consideró 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.

Alega que la entidad territorial tiene el deber de consignar las cesantías al Fomag y es responsable de manera conjunta con la Nación en virtud de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, pues en su criterio se generó una descentralización a la función que, previamente conforme lo consagrado en la Ley 91 de 1989 era únicamente desconcentrada en la Nación.

Considera además que la sanción por mora en las cesantías contenida en la ley 50 de 1990 cubre a todos los empleados públicos del orden nacional, en consonancia con el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, que expresa que dicha disposición se aplica sin importar lo que haya determinado la Ley 91 de 1989 en ese sentido, determinando el derecho que le asiste al docente reclamante en solicitar el pago de la sanción por inoportuna consignación anual (con posterioridad al 15 de febrero de cada año), por no pago de intereses antes del 30 de enero de cada año y por demora en reconocimiento y pago conforme la Ley 1071 de 2006.

2.4. Contestaciones

Nación -Ministerio de Educación -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

Afirma que las cesantías de la demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del Fomag.

Las normas en cita no contemplan la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica y física de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende la demandante, pues el Fomag se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración, lo cual se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”, pues en lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

Así las cosas, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, para el escenario del Fomag, ya que lo que castiga la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes afiliados al Fomag, de contera se descarta algún tipo de sanción.

Propuso como única excepción la que denominó “*Inexistencia de la obligación*”

Departamento de Caldas:

No contestó la demanda.

2.5. Trámite procesal

Mediante auto del 11 de octubre de 2022 se admitió la demanda. Con providencia del 01 de marzo de 2023 se resolvieron las excepciones previas propuestas. A través de proveído de 10 de abril de 2023 el despacho consideró procedente emitir sentencia anticipada, en consecuencia, se pronunció sobre las pruebas y fijó el litigio. Por último, con auto del 21 de abril de 2023 se corrió traslado para alegar de conclusión.

2.6. Alegatos de Conclusión

Parte Demandante: Con escrito allegado el 28 de abril del año en curso aduce en suma que se encuentra probado que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías al Fomag dentro del término establecido, así mismo, el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Afirma que, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el Fomag, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Indica que la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989; sin embargo, ello solo vino a ser regulado por la Ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

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

Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: Se pronunció con memorial del 09 de mayo de 2023 indicando que luego de realizar un análisis de los diferentes regímenes de cesantías, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del Fomag tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados, dada la naturaleza y estructura de este fondo que se gobierna por el principio de unidad de caja, el cual permite que con el recaudo de todos los rubros se conforme una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones económicas de los docentes (incluidas las cesantías y los intereses de las cesantías) y los servicios de salud.

De lo que se concluye en primer término, que en el Fomag no hay cuentas individuales para los docentes, y en segundo lugar, que los valores que corresponden a las cesantías no se consignan, sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Por ello, no es viable aplicar al caso concreto el contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues en el Fomag no se administran las cesantías a través de la creación de cuentas individuales a cada docente.

Para concluir, argumenta que en virtud de la “aplicación de la técnica de distinción” el Operador Judicial debe efectuar una valoración respecto de la identidad fáctico-jurídica contenida en la jurisprudencia alegada en la demanda, lo que permitirá evidenciar que los presupuestos de hecho y derecho que le imputa el demandante distan diametralmente de los acaecidos en las sentencias relacionadas, por lo que no pueden constituir precedente en el asunto objeto de estudio.

El **Ministerio Público** y el **departamento de Caldas** guardaron silencio en esta etapa del proceso.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Excepciones

Frente a la excepción de “*Inexistencia de la obligación*” formulada por la Nación -Ministerio de Educación –Fomag, teniendo en cuenta la forma como fue formulada, tiene una relación directa con el fondo del asunto, motivo por el cual su decisión estará subsumida dentro del análisis general del conflicto planteado.

3.2. Problema y Análisis Jurídico

De conformidad con lo expuesto en Auto 704 del 10 de abril de 2023 que se pronunció sobre las pruebas y fijó el litigio, el problema jurídico a resolver se concreta en los siguientes interrogantes:

- i. **¿Debe declararse la nulidad del acto administrativo Nom 323 del 08 de septiembre de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías contemplados en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?**

Si la respuesta al anterior problema jurídico es positiva, el despacho se formula el siguiente problema jurídico subsiguiente:

- i. **¿Tiene derecho la señora OLGA LUCIA DÍAZ GARCÍA como docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la presunta consignación tardía de sus cesantías del año 2020, y de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, que fueron cancelados después del 31 de enero de 2021?**
- ii. **¿Le asiste responsabilidad a la entidad territorial de concurrir al pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías y el pago tardío de los intereses de cesantías?**

3.3. Tesis del Despacho

Con fundamento en los parámetros jurídicos y jurisprudenciales que se pasaran a esbozar, encuentra el juzgado que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, dado que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se rige por la Ley 91 de 1989 y normas concordantes, por ende, no son beneficiarios de la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, ni de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecido en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

3.4. Premisas Normativas y Jurisprudenciales

Del régimen de cesantías anualizadas del sector privado y público.

Este régimen de cesantías hace alusión a que, anualmente, el empleador paga al trabajador las cesantías devengadas a través de la consignación en la administradora de cesantías -a elección del trabajador- antes del 15 de febrero de cada año y, así mismo cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente antes del 31 de enero de cada año.

En el sector privado este régimen se instituyó mediante la Ley 50 de 1990 *“Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”*, mientras que en el sector público se regula a través de la Ley 344 de 1996.

En necesario precisar que el Congreso de la República al expedir la Ley 344 de 1996 desmontó el sistema de retroactividad de las cesantías con el objeto de racionalizar el gasto público, y en su artículo 13 creó y estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, en los siguientes términos:

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

- a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;
- b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.

Parágrafo. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

La referida ley fue publicada en el Diario Oficial No. 42.951 del 31 de diciembre de 1996, por lo que las personas que se vincularon a partir de esa fecha a los órganos y entidades estatales (servidores públicos del nivel nacional, departamental, distrital o municipal), se gobiernan por el régimen anualizado de cesantías.

Por lo anterior, el régimen de liquidación anual de cesantías prácticamente se universalizó a partir del 31 de diciembre 1996, con corte a 31 de diciembre de cada año, debiéndose liquidar a favor del servidor público la prestación en forma definitiva por el año completo o la fracción laborada, salvo que la relación de trabajo termine en una fecha diferente.

Debe resaltarse además que el artículo en cita al establecer “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, excluyó de forma diáfana su aplicación a los docentes cobijados por dicha norma.

Más adelante, por medio del Decreto 1582 de 1998¹, el Gobierno Nacional reglamentó parcialmente el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 (liquidación de la cesantía anualizada), disponiendo en su artículo 1º, lo siguiente:

“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.

Parágrafo. - Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998”.

Quiere significar lo anterior que el régimen de cesantías anualizado creado por la Ley 50 de 1990, posteriormente aplicado a los empleados públicos en virtud de la Ley 344 de 1996, consiste en que cada año en fecha 31 de diciembre se efectúa una liquidación definitiva de las cesantías y el valor que esta operación arroje es consignado el año siguiente en **una cuenta individual del fondo de cesantías que el empleado elija**; cuya falta de consignación oportuna del monto liquidado como cesantía tiene como consecuencia jurídica a cargo del empleador el pago de una sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo (artículo 99 Ley 50 de 1990).

¹ “Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia”.

Frente al pago tardío de los intereses a las cesantías la Ley 50 de 1990, no consagró sanción alguna, razón por la cual, frente a este régimen se acude al artículo 1 de la Ley 52 de 1975, Por la cual se reconocen los intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares, el cual reza: *“Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente aquel en que se causaron, o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo periodo anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año”*, ello so pena de cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados conforme lo dispuesto en el numeral 3° *ibidem*.

Del régimen especial prestacional docente

El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, entidad vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyos recursos son operados por la Fiduciaria La Previsora S.A., canon que de forma clara, en su inciso final, estableció que el Fondo sería dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial **sin afectar el principio de unidad de caja**.

La norma mencionada dispuso además todo lo concerniente a las prestaciones sociales reconocidas a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional y entidades territoriales, estableciendo de paso en su artículo 1° el régimen aplicable al personal docente nacional, nacionalizado y territorial, consagrando en todo caso en su artículo 4° lo siguiente:

“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”.

Por su parte, el numeral 1° de su artículo 15 establece que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 se registrará de la siguiente manera: **i)** 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, **ii)** y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para los mismos efectos, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en esta ley.

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

“3. Cesantías:

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

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

Significa lo anterior que los docentes nacionalizados, quienes fueron nombrados por los municipios, departamentos y distritos mediante facultades propias y con cargo a sus propios recursos, siempre que no surja un nuevo nombramiento que varíe sus condiciones, continuarán rigiéndose por la normatividad de la entidad territorial, es decir que en lo que atañe a las cesantías se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial.

Frente a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se dispuso que se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, sometido al **régimen especial de cesantías consagrado en la Ley 91 de 1989, modificado parcialmente por la Ley 812 de 2003**, al cual tienen derecho al momento de su vinculación al servicio docente, dado que su

afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es obligatoria y opera de forma automática.

Tal y como se observa, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989, compendio que excluyó lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de transición normativa; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, nacionales y nacionalizados, estableció que su régimen aplicable sería el de los empleados públicos del orden nacional.

Es decir, solo los docentes territoriales y/o nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 podrían continuar con el régimen de cesantías vigente hasta antes de la Ley 91 de 1989, mientras que los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989 fueron cobijados por el nuevo régimen especial.

Posteriormente, el Ministerio de Educación Nacional a través del Decreto No. 3752 de 22 de diciembre de 2003, reglamentó, entre otros aspectos, el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estableciendo cómo deben hacerse los aportes y la transferencia de los recursos a este fondo; norma que en sus artículos 7 y 10 prevé:

“Artículo 7º 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 8º del presente decreto.”

Artículo 10º.- 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. (...)

Por su parte, la Ley 1955 de 2019 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022”, en el inciso 3 del artículo 57 frente a la eficiencia en la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, luego de

establecer cómo deben ser reconocidas, liquidadas y pagadas las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989, consagró:

“(…) 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.” (líneas fuera del texto original)

El artículo 324 de la Ley 2294 de 2023, Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 "Colombia Potencia Mundial de la Vida, vigente a partir del 19 de mayo de 2023, modificó el párrafo transitorio del artículo 57 de la ley 1955 de 2019 que consagra lo referente a la financiación del pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, indicando que comprende también las causadas a diciembre de 2022, pero **no modificó la obligatoriedad de atender al principio de unidad de caja para el pago de prestaciones económicas.**

Conforme la normativa parcialmente transcrita, es claro entonces que en virtud de lo establecido en la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está conformado como una cuenta especial adscrita al Ministerio de Educación Nacional, que se sostiene y está constituida por los giros efectuados por la Nación y los aportes realizados por las entidades territoriales, en sus diferentes modalidades (artículo 8 de la Ley 91 de 1989), **la cual es administrada a través del principio presupuestal de unidad de caja.**

Es decir, que estos recursos son consignados en un fondo común en el que los recursos siempre están a disposición para atender el pago de las prestaciones de los docentes cuando éstos cumplan con los requisitos señalados en la ley para acceder a estas, dado que este sistema permite tener recursos de forma continua y permanente, cuyo trámite está regulado por el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual consiste en que la secretaría de educación territorial a la cual se encuentra adscrito cada docente debe realizar anualmente el reporte de liquidación de las cesantías y de los intereses a las cesantías, con plazo de reporte el 5 de febrero de cada año, por su parte, la Fiduprevisora como vocera del Fomag debe realizar el depósito de los intereses a las cesantías en el mes de marzo de cada año siguiente.

En conclusión, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **no se administra mediante cuentas individualizadas asignadas a cada empleado en un fondo privado e independiente**, como lo establece la Ley 50 de 1990.

En todo caso, al estar constituida como una **cuenta de carácter especial**, esto excluye de por sí el empleo de regímenes de cesantías aplicables a los particulares y otros servidores públicos, es más, se recalca que la Ley 344 de 1996 por el cual se regula el régimen de cesantías del sector público en su artículo 13 al establecer “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, excluyó de forma expresa su aplicación a los docentes cobijados por dicha norma.

Se tiene entonces, que los docentes tienen un régimen especial configurado en la Ley 91 de 1989, distinto al régimen anualizado de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990 previsto en principio para los trabajadores de derecho privado y luego aplicado a los empleados públicos bajo la extensión de la Ley 344 de 1996.

Si bien la corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 consideró 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”, y que “(...) aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 (...), no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción (...), el Consejo de Estado como Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha considerado², al interpretar la sentencia previamente descrita, que:

- (i) el fondo administrador de las cesantías de los docentes es el FOMAG, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989, a diferencia de los fondos administradores de cesantías,
- (ii) respecto a la liquidación y manejo de cesantías, en la ley 50 de 1990 se previó la liquidación definitiva a 31 de diciembre y su consignación antes del 15 de febrero del año siguiente, diferente a la administración de los recursos que tiene a su cargo el FOMAG, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio, y
- (iii) frente a los intereses de las cesantías que establece el numeral 2° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, los afiliados al FOMAG reciben un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año de

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01, sentencia del 24 de enero de 2019

acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera, lo cual resulta más beneficioso para el docente afiliado al FOMAG.

Expuso el Consejo de Estado³ lo siguiente:

“Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, como « una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por el Gobierno Nacional en orden a:

«a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional; b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.>>

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

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

En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide

³ *Ibidem*.

definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Con fundamento en las anteriores premisas, concluyó el Consejo de Estado que:

“Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia” (Énfasis del Despacho).

Se hace necesario precisar que si bien en la jurisprudencia previamente citada proferida por el Consejo de Estado se accedió a la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, el supuesto fáctico obedeció a que la docente no se había afiliado al FOMAG por el periodo comprendido entre 2003 a 2007, dado que su afiliación por parte del municipio de Santiago de Cali se realizó en esta última fecha. Así, ante el incumplimiento de la obligación de afiliación de la docente, se accedió al pago de la sanción moratoria por el periodo comprendido con anterioridad a su afiliación, situación que dista de lo expuesto por la parte actora en el presente medio de control.

De otro lado, no se desconoce que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y alguna jurisprudencia del Consejo de Estado han sentado que el personal docente, en virtud del principio de favorabilidad, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías contenida en la Ley 1071 de 2006, no obstante, en criterio de este Despacho, tal precedente no puede extenderse a las sanciones contempladas en la Ley 50 de 1990 y a la indemnización de la Ley 52 de 1975, al tratarse de regímenes de cesantías disimiles a las otorgadas por la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tal y como se explicó en antelación, motivo por el cual se considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes y anotados por la parte demandante en el escrito de demanda para sustentar sus pretensiones, no pueden aplicarse al caso objeto de examen.

En línea con lo anterior, el Tribunal Administrativo de Caldas⁴ ha considerado que:

“(…) [E]s claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.** (resaltado del texto original).

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en la Ley 50 de 1990 artículo 99, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

Es más la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006 y el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación CE-SUJ2 No. 001 de 2016, determinaron de forma diáfana que, en el régimen especial de cesantías docentes frente a otros regímenes de cesantías, no se da vulneración del derecho a la igualdad, dado que, en la aplicación del test de igualdad, no es posible verificar el primer elemento del juicio integrado de igualdad, concerniente a la existencia de un *patrón de igualdad o tertium comparationis*.

3.5. Análisis del caso concreto

Teniendo en cuenta el material probatorio obrante en el plenario, el cual fue incorporado siguiendo las formalidades establecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes, se observa que la señora **OLGA LUCIA DÍAZ GARCÍA**, conforme certificación de extracto de intereses a las cesantías expedida por La Fiduprevisora S.A.⁵, es docente vinculada al departamento de Caldas, afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya fuente de recursos proviene del Sistema de General de Participación

En razón a esto, se encuentra cobijada por el régimen especial de cesantías contenido en la Ley 91 de 1989, regulado por el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que excluye que la

⁴ Sentencia del 31 de marzo de 2023, radicado 17001333300420220016402, M. P. Dohor Edwin Varón Vivas

⁵ Archivo “02EscritoDemandaAnexos” del expediente electrónico, p. 72 a 73.

demandante pueda reclamar el reconocimiento y pago de la sanción por consignación extemporánea de las cesantías consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 desde el 15 de febrero de 2021, y la indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, al tratarse de un régimen diferente, aplicable a los empleados públicos afiliados a fondos de cesantías privados o al Fondo Nacional del Ahorro, conforme a la Ley 344 de 1996 y sus decretos reglamentarios.

Lo anterior, sumado a que, como se anotó en líneas anteriores, los procedimientos y reconocimientos de cada régimen resultan sustancialmente diferentes, por lo que no es plausible, equiparar uno con el otro, como quiera que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es administrado a través del principio presupuestal de unidad de caja, la cual está conformada por los aportes efectuados por la Nación y las entidades territoriales, en diferentes oportunidades, para que el Fondo permanentemente cuente con recursos para realizar el pago de las prestaciones sociales de los docentes, entre ellas, las cesantías e intereses a las cesantías.

En tanto que el régimen regulado por la Ley 50 de 1990, se administra mediante cuentas individualizadas asignadas a cada empleado en un fondo privado e independiente o al Fondo Nacional de Ahorro, a elección del empleado.

3.6. Conclusión

Con base en las consideraciones expuestas se negarán las pretensiones de la demanda y se declarará fundada la excepción de *“Inexistencia de la obligación”* formulada por la Nación -Ministerio de Educación -Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.7. Costas

No se condena en costas en virtud de lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, inciso adicionado por la ley 2080 de 2021, al observarse que la demanda no se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, como tampoco se observa que estas se encuentren causadas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la excepción de *“inexistencia de la obligación”* formulada por la **NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instauró la señora **OLGA LUCIA DÍAZ GARCÍA** en contra de **LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

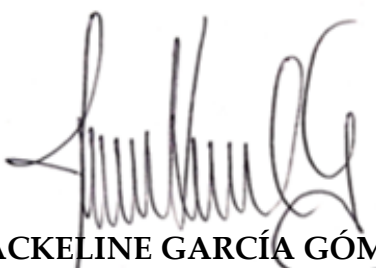
TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente expuesto.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

QUINTO: La presente sentencia queda notificada en estados de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

CCMP/Sust.

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 26/06/2023



MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

Micrositio Web PUBLICACIÓN ESTADOS ELECTRÓNICOS:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-administrativo-de-descongestion-de-manizales/474>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE MANIZALES**

Manizales, veintitrés (23) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia N°:	113-2023
Radicación:	17001-33-39-007-2022-00019-00
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	MIREYA BAUTISTA CONTRERAS
Demandado:	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DE CALDAS
Instancia:	PRIMERA

1. ASUNTO

En los términos del inciso final del numeral 1° artículo 182A de la Ley 1437, procede el Despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia. Para el efecto se tendrá en cuenta lo precisado en el Auto No. 705 de 10 de abril de 2023 que se pronunció sobre las pruebas de las partes y fijó el litigio.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones

Solicita la parte demandante, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, que se realicen las siguientes declaraciones:

“1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como NOM. 311 DEL 08 DE SEPTIEMBRE DE 2021, EXPEDIDO POR CARMENZA QUINTERO TORRES PROFESIONAL UNIVERSITARIO NÓMINA donde niegan el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de

retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FOMAG Y LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, de manera solidaria, le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la indemnización, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

Condenas

1. Condenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG Y LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

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

3. Condenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG Y A LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las

cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

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

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

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

2.2. Fundamentos fácticos de la demanda

Se indica que la demandante por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021 y sus cesantías sea canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021.

Que ni la entidad territorial ni el Ministerio de Educación Nacional han procedido de manera efectiva a consignar los intereses de las cesantías ni las cesantías que corresponden a la labor docente de la demandante como servidora pública del año 2020 ante la FIDUCIARIA LA PREVISORA o el FOMAG, por lo que deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas desde el 01 de enero de 2021 para el caso de los intereses de las cesantías y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías que debían haber sido consignadas.

Con fecha 01 de septiembre de 2021, se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora

y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante el acto administrativo demandado las pretensiones invocadas.

2.3. Normas Violadas y Concepto de Transgresión

En el escrito de demanda como normas violadas, se alegaron las siguientes:

Artículos 13 y 53 de la Constitución Política de Colombia.

Artículos 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.

Artículo 1° de la Ley 52 de 1975.

Artículo 13 de la Ley 344 de 1996.

Artículo 5° de la Ley 432 de 1998.

Artículo 3° del Decreto Nacional 1176 de 1991.

Artículos 1 y 2 del Decreto Nacional 1582 de 1998.

Frente al concepto de violación refirió la parte demandante, en síntesis, que seguir sosteniendo por parte del Ministerio de Hacienda que apropia unos recursos para sufragar el costo de los anticipos de cesantías en el mes de julio de cada año para los docentes que vayan solicitando cesantías que lo requieran, no despoja de la obligación a las entidades territoriales y a la Nación -Ministerio de Educación Nacional de consignar las cesantías a todos los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990 en la respectiva cuenta individual del docente, el 15 de febrero de cada anualidad, así el docente no las solicite.

Afirma que es un hecho notorio para la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que desde el año 2010 hasta la fecha a los docentes que han solicitado cesantías parciales se les ha demorado su pago, venciendo los términos de la ley 1071 del año 2006, evidenciando que sus cesantías cuando iban a ser solicitadas no se encontraban consignadas en el Fomag.

Agrega que cuando se expidió la ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la ley 91 del 29 de diciembre de 1989, la finalidad fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Honorable Corte Constitucional C- 486 DE 2016, SU 098 DE 2018, SU 332 DE 2019, y la SU 041 DE 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactividad a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar 15 de febrero de cada anualidad, so pena de la cancelación de la sanción por mora que ahora solicita.

Al tratarse de unas cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero y ser consignadas en el Fomag antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de servidores públicos.

Para sustentar su posición cita apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado de 6 de agosto de 2020 Exp. 0833-16, 24 de enero de 2019 Exp. 4854-2014, 21 de febrero de 2019 Rad. 54001-2333-000-2016-00236-01, 10 de julio de 2020 Rad. 08001-2333-000- 2014-00208-01, 12 de noviembre de 2020 Rad. 08001-2333-000-2014-00132-01, 17 de junio de 2021 Exp. 4979-2017, y 17 de junio de 2021 Rad. 08001-2333-000- 2015-00331-01.

Refiere que la Corte Constitucional en Sentencias SU-98 de 2018 y SU-332 de 2019 consideró 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.

Alega que la entidad territorial tiene el deber de consignar las cesantías al Fomag y es responsable de manera conjunta con la Nación en virtud de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, pues en su criterio se generó una descentralización a la función que, previamente conforme lo consagrado en la Ley 91 de 1989 era únicamente desconcentrada en la Nación.

Considera además que la sanción por mora en las cesantías contenida en la ley 50 de 1990 cubre a todos los empleados públicos del orden nacional, en consonancia con el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, que expresa que dicha disposición se aplica sin importar lo que haya determinado la Ley 91 de 1989 en ese sentido, determinando el derecho que le asiste al docente reclamante en solicitar el pago de la sanción por inoportuna consignación anual (con posterioridad al 15 de febrero de cada año), por no pago de intereses antes del 30 de enero de cada año y por demora en reconocimiento y pago conforme la Ley 1071 de 2006.

2.4. Contestaciones

Nación -Ministerio de Educación -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

Afirma que las cesantías de la demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del Fomag.

Las normas en cita no contemplan la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica y física de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende la demandante, pues el Fomag se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración, lo cual se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”, pues en lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

Así las cosas, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, para el escenario del Fomag, ya que lo que castiga la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes afiliados al Fomag, de contera se descarta algún tipo de sanción.

Propuso como única excepción la que denominó *“Inexistencia de la obligación”*

Departamento de Caldas:

Refiere que conforme el artículo 3° y el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es exclusiva del Fomag.

Aunado a que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional, establecido en la Ley 91 de 1989, en donde no está consagrada la indemnización moratoria, por lo que mal haría el despacho en reconocer una sanción inexistente en un régimen exceptuado, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de que trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el Fomag al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Formuló como medios exceptivos: *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* y *“Buena Fe”*.

2.5. Trámite procesal

Mediante auto del 11 de octubre de 2022 se admitió la demanda. Con providencia del 01 de marzo de 2023 se resolvieron las excepciones previas propuestas. A través de proveído de 10 de abril de 2023 el despacho consideró procedente emitir sentencia anticipada, en consecuencia, se pronunció sobre las pruebas y fijó el litigio. Por último, con auto del 21 de abril de 2023 se corrió traslado para alegar de conclusión.

2.6. Alegatos de Conclusión

Parte Demandante: Con escrito allegado el 28 de abril del año en curso aduce en suma que se encuentra probado que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías al Fomag dentro del término establecido, así mismo, el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Afirma que, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el Fomag, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Dado que, la liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, sin embargo, esta actuación solo vino a ser regulada por la Ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, se debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

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

Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: Se pronunció indicando que luego de realizar un análisis de los diferentes regímenes de cesantías, adujo que a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del Fomag tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados, dada la naturaleza y estructura de este fondo que se gobierna por el principio de unidad de caja, el cual permite que con el recaudo de todos los rubros se conforme una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones económicas de los docentes (incluidas las cesantías y los intereses de las cesantías) y los servicios de salud.

De lo que se concluye en primer término, que en el Fomag no hay cuentas individuales para los docentes, y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se

consignan, sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Por ello, no es viable aplicar al caso concreto el contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues en el Fomag no se administran las cesantías a través de la creación de cuentas individuales a cada docente.

Para concluir, argumenta que en virtud de la “aplicación de la técnica de distinción” el Operador Judicial debe efectuar una valoración respecto de la identidad fáctico-jurídica contenida en la jurisprudencia alegada en la demanda, lo que permitirá evidenciar que los presupuestos de hecho y derecho que le imputa el demandante distan diametralmente de los acaecidos en las sentencias relacionadas, por lo que no pueden constituir precedente en el asunto objeto de estudio.

Solicita, por tanto, se denieguen las pretensiones de la demanda

Departamento de Caldas: Sostuvo mediante escrito del 25 de abril del presente año que la Secretaría de Educación del departamento de Caldas no es responsable en la mora, pues cumplió con todos los parámetros legales a que se obliga frente a la solicitud de cesantías.

Las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG.

Concluye solicitando que se tenga como precedente lo dispuesto por el tribunal Administrativo de Antioquia, sala Cuarta, del 28 de septiembre de 2022, radicado 2022-00142, cuando indicó que:

“Desde ya se anuncia que la hipótesis que se sostendrá argumentativamente por esta Corporación, se concreta en denegar las súplicas de la demanda, en la medida en que el régimen de las cesantías e intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el contenido en la Ley 91 de 1981 y está reglamentado por el Acuerdo 039 de 1998 expedido por la Nación – Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, régimen que resulta incompatible con las regulaciones contenidas en el artículo 90 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, tal como se explicará detalladamente en el acápite respectivo”.

El **Ministerio Público** guardó silencio en esta etapa del proceso.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Excepciones

Frente a la excepción de *“Inexistencia de la obligación”* formulada por la Nación -Ministerio de Educación –Fomag y las denominadas como *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* y *“buena fe”* elevadas por el departamento de Caldas, teniendo en cuenta la forma como fueron formuladas, las mismas tienen una relación directa con el fondo del asunto, motivo por el cual su decisión estará subsumida dentro del análisis general del conflicto planteado.

3.2. Problema y Análisis Jurídico

De conformidad con lo expuesto en Auto 705 del 10 de abril de 2023 que se pronunció sobre las pruebas y fijó el litigio, el problema jurídico a resolver se concreta en los siguientes interrogantes:

- i. **¿Debe declararse la nulidad del acto administrativo Nom 311 del 08 de septiembre de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías contemplados en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?**

Si la respuesta al anterior problema jurídico es positiva, el despacho se formula el siguiente problema jurídico subsiguiente:

- i. **¿Tiene derecho la señora MIREYA BAUTISTA CONTRERAS como docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la presunta consignación tardía de sus cesantías del año 2020, y de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, que fueron cancelados después del 31 de enero de 2021?**
- ii. **¿Le asiste responsabilidad a la entidad territorial de concurrir al pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías y el pago tardío de los intereses de cesantías?**

3.3. Tesis del Despacho

Con fundamento en los parámetros jurídicos y jurisprudenciales que se pasaran a esbozar, encuentra el juzgado que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, dado que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se rige por la Ley 91 de 1989 y normas concordantes, por ende, no son beneficiarios de la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, ni de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecido en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

3.4. Premisas Normativas y Jurisprudenciales

Del régimen de cesantías anualizadas del sector privado y público.

Este régimen de cesantías hace alusión a que, anualmente, el empleador paga al trabajador las cesantías devengadas a través de la consignación en la administradora de cesantías -a elección del trabajador- antes del 15 de febrero de cada año y, así mismo cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente antes del 31 de enero de cada año.

En el sector privado este régimen se instituyó mediante la Ley 50 de 1990 *“Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”*, mientras que en el sector público se regula a través de la Ley 344 de 1996.

En necesario precisar que el Congreso de la República al expedir la Ley 344 de 1996 desmontó el sistema de retroactividad de las cesantías con el objeto de racionalizar el gasto público, y en su artículo 13 creó y estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, en los siguientes términos:

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

- a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;
- b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.

Parágrafo. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

La referida ley fue publicada en el Diario Oficial No. 42.951 del 31 de diciembre de 1996, por lo que las personas que se vincularon a partir de esa fecha a los órganos y entidades estatales (servidores públicos del nivel nacional, departamental, distrital o municipal), se gobiernan por el régimen anualizado de cesantías.

Por lo anterior, el régimen de liquidación anual de cesantías prácticamente se universalizó a partir del 31 de diciembre 1996, con corte a 31 de diciembre de cada año, debiéndose liquidar a favor del servidor público la prestación en forma definitiva por el año completo o la fracción laborada, salvo que la relación de trabajo termine en una fecha diferente.

Debe resaltarse además que el artículo en cita al establecer “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, excluyó de forma diáfana su aplicación a los docentes cobijados por dicha norma.

Más adelante, por medio del Decreto 1582 de 1998¹, el Gobierno Nacional reglamentó parcialmente el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 (liquidación de la cesantía anualizada), disponiendo en su artículo 1º, lo siguiente:

“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.

Parágrafo. - Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998”.

Quiere significar lo anterior que el régimen de cesantías anualizado creado por la Ley 50 de 1990, posteriormente aplicado a los empleados públicos en virtud de la Ley 344 de 1996, consiste en que cada año en fecha 31 de diciembre se efectúa una liquidación definitiva de las cesantías y el valor que esta operación arroje es consignado el año siguiente en **una cuenta individual del fondo de cesantías que el empleado elija**; cuya falta de consignación oportuna del monto liquidado como cesantía tiene como consecuencia jurídica a cargo del empleador el pago de una sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo (artículo 99 Ley 50 de 1990).

¹ “Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia”.

Frente al pago tardío de los intereses a las cesantías la Ley 50 de 1990, no consagró sanción alguna, razón por la cual, frente a este régimen se acude al artículo 1 de la Ley 52 de 1975, Por la cual se reconocen los intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares, el cual reza: *“Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente aquel en que se causaron, o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo periodo anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año”*, ello so pena de cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados conforme lo dispuesto en el numeral 3° *ibidem*.

Del régimen especial prestacional docente

El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, entidad vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyos recursos son operados por la Fiduciaria La Previsora S.A., canon que de forma clara, en su inciso final, estableció que el Fondo sería dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial **sin afectar el principio de unidad de caja**.

La norma mencionada dispuso además todo lo concerniente a las prestaciones sociales reconocidas a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional y entidades territoriales, estableciendo de paso en su artículo 1° el régimen aplicable al personal docente nacional, nacionalizado y territorial, consagrando en todo caso en su artículo 4° lo siguiente:

“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”.

Por su parte, el numeral 1° de su artículo 15 establece que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 se regirá de la siguiente manera: **i)** 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, ii) y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para los mismos efectos, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en esta ley.

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

“3. Cesantías:

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

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

Significa lo anterior que los docentes nacionalizados, quienes fueron nombrados por los municipios, departamentos y distritos mediante facultades propias y con cargo a sus propios recursos, siempre que no surja un nuevo nombramiento que varíe sus condiciones, continuarán rigiéndose por la normatividad de la entidad territorial, es decir que en lo que atañe a las cesantías se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial.

Frente a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se dispuso que se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, sometido al **régimen especial de cesantías consagrado en la Ley 91 de 1989, modificado parcialmente por la Ley 812 de 2003**, al cual tienen derecho al momento de su vinculación al servicio docente, dado que su

afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es obligatoria y opera de forma automática.

Tal y como se observa, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989, compendio que excluyó lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de transición normativa; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, nacionales y nacionalizados, estableció que su régimen aplicable sería el de los empleados públicos del orden nacional.

Es decir, solo los docentes territoriales y/o nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 podrían continuar con el régimen de cesantías vigente hasta antes de la Ley 91 de 1989, mientras que los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989 fueron cobijados por el nuevo régimen especial.

Posteriormente, el Ministerio de Educación Nacional a través del Decreto No. 3752 de 22 de diciembre de 2003, reglamentó, entre otros aspectos, el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estableciendo cómo deben hacerse los aportes y la transferencia de los recursos a este fondo; norma que en sus artículos 7 y 10 prevé:

“Artículo 7º 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 8º del presente decreto.”

Artículo 10º.- 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. (...)

Por su parte, la Ley 1955 de 2019 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022”, en el inciso 3 del artículo 57 frente a la eficiencia en la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, luego de

establecer cómo deben ser reconocidas, liquidadas y pagadas las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989, consagró:

“(…) 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.” (líneas fuera del texto original)

El artículo 324 de la Ley 2294 de 2023, Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 "Colombia Potencia Mundial de la Vida, vigente a partir del 19 de mayo de 2023, modificó el párrafo transitorio del artículo 57 de la ley 1955 de 2019 que consagra lo referente a la financiación del pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, indicando que comprende también las causadas a diciembre de 2022, pero **no modificó la obligatoriedad de atender al principio de unidad de caja para el pago de prestaciones económicas.**

Conforme la normativa parcialmente transcrita, es claro entonces que en virtud de lo establecido en la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está conformado como una cuenta especial adscrita al Ministerio de Educación Nacional, que se sostiene y está constituida por los giros efectuados por la Nación y los aportes realizados por las entidades territoriales, en sus diferentes modalidades (artículo 8 de la Ley 91 de 1989), **la cual es administrada a través del principio presupuestal de unidad de caja.**

Es decir, que estos recursos son consignados en un fondo común en el que los recursos siempre están a disposición para atender el pago de las prestaciones de los docentes cuando éstos cumplan con los requisitos señalados en la ley para acceder a estas, dado que este sistema permite tener recursos de forma continua y permanente, cuyo trámite está regulado por el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual consiste en que la secretaría de educación territorial a la cual se encuentra adscrito cada docente debe realizar anualmente el reporte de liquidación de las cesantías y de los intereses a las cesantías, con plazo de reporte el 5 de febrero de cada año, por su parte, la Fiduprevisora como vocera del Fomag debe realizar el depósito de los intereses a las cesantías en el mes de marzo de cada año siguiente.

En conclusión, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **no se administra mediante cuentas individualizadas asignadas a cada empleado en un fondo privado e independiente**, como lo establece la Ley 50 de 1990.

En todo caso, al estar constituida como una **cuenta de carácter especial**, esto excluye de por sí el empleo de regímenes de cesantías aplicables a los particulares y otros servidores públicos, es más, se recalca que la Ley 344 de 1996 por el cual se regula el régimen de cesantías del sector público en su artículo 13 al establecer “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, excluyó de forma expresa su aplicación a los docentes cobijados por dicha norma.

Se tiene entonces, que los docentes tienen un régimen especial configurado en la Ley 91 de 1989, distinto al régimen anualizado de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990 previsto en principio para los trabajadores de derecho privado y luego aplicado a los empleados públicos bajo la extensión de la Ley 344 de 1996.

Si bien la corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 consideró 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”, y que “(...) aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 (...), no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción (...), el Consejo de Estado como Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha considerado², al interpretar la sentencia previamente descrita, que:

- (i) el fondo administrador de las cesantías de los docentes es el FOMAG, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989, a diferencia de los fondos administradores de cesantías,
- (ii) respecto a la liquidación y manejo de cesantías, en la ley 50 de 1990 se previó la liquidación definitiva a 31 de diciembre y su consignación antes del 15 de febrero del año siguiente, diferente a la administración de los recursos que tiene a su cargo el FOMAG, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio, y
- (iii) frente a los intereses de las cesantías que establece el numeral 2° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, los afiliados al FOMAG reciben un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año de

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01, sentencia del 24 de enero de 2019

acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera, lo cual resulta más beneficioso para el docente afiliado al FOMAG.

Expuso el Consejo de Estado³ lo siguiente:

“Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, como « una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por el Gobierno Nacional en orden a:

«a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional; b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.>>

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

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

En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide

³ *Ibidem*.

definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Con fundamento en las anteriores premisas, concluyó el Consejo de Estado que:

“Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia” (Énfasis del Despacho).

Se hace necesario precisar que si bien en la jurisprudencia previamente citada proferida por el Consejo de Estado se accedió a la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, el supuesto fáctico obedeció a que la docente no se había afiliado al FOMAG por el periodo comprendido entre 2003 a 2007, dado que su afiliación por parte del municipio de Santiago de Cali se realizó en esta última fecha. Así, ante el incumplimiento de la obligación de afiliación de la docente, se accedió al pago de la sanción moratoria por el periodo comprendido con anterioridad a su afiliación, situación que dista de lo expuesto por la parte actora en el presente medio de control.

De otro lado, no se desconoce que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y alguna jurisprudencia del Consejo de Estado han sentado que el personal docente, en virtud del principio de favorabilidad, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías contenida en la Ley 1071 de 2006, no obstante, en criterio de este Despacho, tal precedente no puede extenderse a las sanciones contempladas en la Ley 50 de 1990 y a la indemnización de la Ley 52 de 1975, al tratarse de regímenes de cesantías disimiles a las otorgadas por la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tal y como se explicó en antelación, motivo por el cual se considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes y anotados por la parte demandante en el escrito de demanda para sustentar sus pretensiones, no pueden aplicarse al caso objeto de examen.

En línea con lo anterior, el Tribunal Administrativo de Caldas⁴ ha considerado que:

“(…) [E]s claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.** (resaltado del texto original).

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en la Ley 50 de 1990 artículo 99, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

Es más la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006 y el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación CE-SUJ2 No. 001 de 2016, determinaron de forma diáfana que, en el régimen especial de cesantías docentes frente a otros regímenes de cesantías, no se da vulneración del derecho a la igualdad, dado que, en la aplicación del test de igualdad, no es posible verificar el primer elemento del juicio integrado de igualdad, concerniente a la existencia de un *patrón de igualdad o tertium comparationis*.

3.5. Análisis del caso concreto

Teniendo en cuenta el material probatorio obrante en el plenario, el cual fue incorporado siguiendo las formalidades establecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes, se observa que la señora **MIREYA BAUTISTA CONTRERAS** conforme con certificación de extracto de intereses a las cesantías expedida por La Fiduprevisora S.A.⁵, es docente vinculada al departamento de Caldas, afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya fuente de recursos proviene del Sistema de General de Participación

En razón a esto, se encuentra cobijada por el régimen espacial de cesantías contenido en la Ley 91 de 1989, regulado por el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del

⁴ Sentencia del 31 de marzo de 2023, radicado 17001333300420220016402, M. P. Dohor Edwin Varón Vivas

⁵ Archivo “02EscritoDemandaAnexos” del expediente electrónico, p. 75.

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que excluye que la demandante pueda reclamar el reconocimiento y pago de la sanción por consignación extemporánea de las cesantías consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 desde el 15 de febrero de 2021, y la indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, por ser un régimen diferente, aplicable a los empleados públicos afiliados a fondos de cesantías privados o al Fondo Nacional del Ahorro, conforme a la Ley 344 de 1996 y sus decretos reglamentarios.

Lo anterior, sumado a que, como se anotó en líneas anteriores, los procedimientos y reconocimientos de cada régimen resultan sustancialmente diferentes, por lo que no es plausible, equiparar uno con el otro, como quiera que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es administrado a través del principio presupuestal de unidad de caja, la cual está conformada por los aportes efectuados por la Nación y las entidades territoriales, en diferentes oportunidades, para que el Fondo permanentemente cuente con recursos para realizar el pago de las prestaciones sociales de los docentes, entre ellas, las cesantías e intereses a las cesantías.

En tanto que el régimen regulado por la Ley 50 de 1990, se administra mediante cuentas individualizadas asignadas a cada empleado en un fondo privado e independiente o al Fondo Nacional de Ahorro, a elección del empleado.

3.6. Conclusión

Con base en las consideraciones expuestas se negarán las pretensiones de la demanda y se declararán fundadas las excepciones de *“Inexistencia de la obligación”* formulada por la Nación -Ministerio de Educación -Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio e *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* propuesta por el departamento de Caldas, sin que sea necesario efectuar pronunciamiento alguno frente a los demás medios exceptivos, ante la prosperidad de estos.

3.7. Costas

No se condena en costas en virtud de lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, inciso adicionado por la ley 2080 de 2021, al observarse que la demanda no se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, como tampoco se observa que estas se encuentren causadas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR FUNDADAS las excepciones *“inexistencia de la obligación”* formulada por la **NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** e *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* propuesta por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, por aludido en precedencia, lo que releva al juzgado de efectuar el estudio de los demás medios exceptivos ante la prosperidad de los primeros.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instauró la señora **MIREYA BAUTISTA CONTRERAS** en contra de **LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

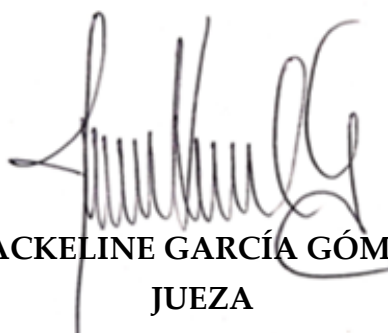
TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente expuesto.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

QUINTO: La presente sentencia queda notificada en estados de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 26/06/2023


MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

Micrositio Web PUBLICACIÓN ESTADOS ELECTRÓNICOS:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-administrativo-de-descongestion-de-manizales/474>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE MANIZALES**

Manizales, veintitrés (23) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia N°:	115-2023
Radicación:	17001-33-39-007-2022-00026-00
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	EDWIN GILBERTO CARDONA ARISTIZABAL
Demandado:	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DE CALDAS
Instancia:	PRIMERA

1. ASUNTO

En los términos del inciso final del numeral 1° artículo 182A de la Ley 1437, procede el Despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia. Para el efecto se tendrá en cuenta lo precisado en el Auto No. 911 de 08 de mayo de 2023 que se pronunció sobre las pruebas de las partes y fijó el litigio.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones

Solicita la parte demandante, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, que se realicen las siguientes declaraciones:

“1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como NOM. 219 DEL 08 DE SEPTIEMBRE DE 2021, EXPEDIDO POR CARMENZA QUINTERO TORRES PROFESIONAL UNIVERSITARIO NÓMINA donde niegan el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de

retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FOMAG Y LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, de manera solidaria, le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la indemnización, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

Condenas

1. Condenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG Y LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

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

3. Condenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG Y A LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las

cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

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

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

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

2.2. Fundamentos fácticos de la demanda

Se indica que el demandante por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021 y sus cesantías sea canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021.

Que ni la entidad territorial ni el Ministerio de Educación Nacional han procedido de manera efectiva a consignar los intereses de las cesantías ni las cesantías que corresponden a la labor docente del demandante como servidor público del año 2020 ante la FIDUCIARIA LA PREVISORA o el FOMAG, por lo que deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas desde el 01 de enero de 2021 para el caso de los intereses de las cesantías y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías que debían haber sido consignadas.

Se agrega que con fecha 01 de septiembre de 2021, se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad

nominadora y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante el acto administrativo demandado las pretensiones invocadas.

2.3. Normas Violadas y Concepto de Transgresión

En el escrito de demanda como normas violadas, se anunciaron las siguientes:

Artículos 13 y 53 de la Constitución Política de Colombia.

Artículos 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.

Artículo 1° de la Ley 52 de 1975.

Artículo 13 de la Ley 344 de 1996.

Artículo 5° de la Ley 432 de 1998.

Artículo 3° del Decreto Nacional 1176 de 1991.

Artículos 1 y 2 del Decreto Nacional 1582 de 1998.

Frente al concepto de violación refirió la parte demandante, en síntesis, que seguir sosteniendo por parte del Ministerio de Hacienda que apropia unos recursos para sufragar el costo de los anticipos de cesantías en el mes de julio de cada año para los docentes que vayan solicitando cesantías que lo requieran, no despoja de la obligación a las entidades territoriales y a la Nación -Ministerio de Educación Nacional de consignar las cesantías a todos los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990 en la respectiva cuenta individual del docente, el 15 de febrero de cada anualidad, así el docente no las solicite.

Afirma que es un hecho notorio para la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que desde el año 2010 hasta la fecha a los docentes que han solicitado cesantías parciales se les ha demorado su pago, venciendo los términos de la ley 1071 del año 2006, evidenciando que sus cesantías cuando iban a ser solicitadas no se encontraban consignadas en el Fomag.

Agrega que cuando se expidió la ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la ley 91 del 29 de diciembre de 1989, la finalidad fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Honorable Corte Constitucional C- 486 DE 2016, SU 098 DE 2018, SU 332 DE 2019, y la SU 041 DE 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactividad a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar 15 de febrero de cada anualidad, so pena de la cancelación de la sanción por mora que ahora solicita.

Al tratarse de unas cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero y ser consignadas en el Fomag antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de servidores públicos.

Para sustentar su posición cita apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado de 6 de agosto de 2020 Exp. 0833-16, 24 de enero de 2019 Exp. 4854-2014, 21 de febrero de 2019 Rad. 54001-2333-000-2016-00236-01, 10 de julio de 2020 Rad. 08001-2333-000- 2014-00208-01, 12 de noviembre de 2020 Rad. 08001-2333-000-2014-00132-01, 17 de junio de 2021 Exp. 4979-2017, y 17 de junio de 2021 Rad. 08001-2333-000- 2015-00331-01.

Refiere que la Corte Constitucional en Sentencias SU-98 de 2018 y SU-332 de 2019 consideró 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.

Alega que la entidad territorial tiene el deber de consignar las cesantías al Fomag y es responsable de manera conjunta con la Nación en virtud de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, pues en su criterio se generó una descentralización a la función que, previamente conforme lo consagrado en la Ley 91 de 1989 era únicamente desconcentrada en la Nación.

Considera además que la sanción por mora en las cesantías contenida en la ley 50 de 1990 cubre a todos los empleados públicos del orden nacional, en consonancia con el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, que expresa que dicha disposición se aplica sin importar lo que haya determinado la Ley 91 de 1989 en ese sentido, determinando el derecho que le asiste al docente reclamante en solicitar el pago de la sanción por inoportuna consignación anual (con posterioridad al 15 de febrero de cada año), por no pago de intereses antes del 30 de enero de cada año y por demora en reconocimiento y pago conforme la Ley 1071 de 2006.

2.4. Contestaciones

Nación -Ministerio de Educación -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

Afirma que las cesantías de la demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del Fomag.

Las normas en cita no contemplan la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica y física de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende la demandante, pues el Fomag se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración, lo cual se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”, pues en lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

Así las cosas, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, para el escenario del Fomag, ya que lo que castiga la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes afiliados al Fomag, de contera se descarta algún tipo de sanción.

Propuso como única excepción la que denominó *“Inexistencia de la obligación”*

Departamento de Caldas:

Refiere que conforme el artículo 3° y el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es exclusiva del Fomag.

Agrega que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional, establecido en la Ley 91 de 1989, en donde no está consagrada la indemnización moratoria, por lo que mal haría el despacho en reconocer una sanción inexistente en un régimen exceptuado, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de que trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el Fomag al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Formuló como medios exceptivos: *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* y *“Buena Fe”*.

2.5. Trámite procesal

Mediante auto del 24 de octubre de 2022 se admitió la demanda. Con providencia del 24 de abril de 2023 se resolvieron las excepciones previas propuestas. A través de proveído de 08 de mayo de 2023 el despacho consideró procedente emitir sentencia anticipada, en consecuencia, se pronunció sobre las pruebas, fijó el litigio y se corrió traslado para alegar de conclusión.

2.6. Alegatos de Conclusión

Parte Demandante: Con escrito allegado el 19 de mayo del año en curso aduce en suma que se encuentra probado que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías al Fomag dentro del término establecido, así mismo, el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Afirma que, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el Fomag, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Indica que la liquidación anualizada de las cesantías comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989; sin embargo, ello solo vino a ser regulado por la Ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

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

Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: Se pronunció con memorial del 09 de mayo de 2023 indicando que luego de realizar un análisis de los diferentes regímenes de cesantías, adujo que a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del Fomag tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados, dada la naturaleza y estructura de este fondo que se gobierna por el principio de unidad de caja, el cual permite que con el recaudo de todos los rubros se conforme una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones económicas de los docentes (incluidas las cesantías y los intereses de las cesantías) y los servicios de salud.

De lo que se concluye en primer término, que en el Fomag no hay cuentas individuales para los docentes; en segundo lugar, que los valores que corresponden a las cesantías

no se consignan, sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Por ello, no es viable aplicar al caso concreto el contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues en el Fomag no se administran las cesantías a través de la creación de cuentas individuales a cada docente.

Para concluir, argumenta que en virtud de la “aplicación de la técnica de distinción” el Operador Judicial debe efectuar una valoración respecto de la identidad fáctico-jurídica contenida en la jurisprudencia alegada en la demanda, lo que permitirá evidenciar que los presupuestos de hecho y derecho que le imputa el demandante distan diametralmente de los acaecidos en las sentencias relacionadas, por lo que no pueden constituir precedente en el asunto objeto de estudio.

Solicita, por tanto, se denieguen las pretensiones de la demanda

Departamento de Caldas: Sostuvo mediante escrito del 24 de mayo del presente año que la Secretaría de Educación del departamento de Caldas no es responsable en la mora, pues cumplió con todos los parámetros legales a que se obliga frente a la solicitud de cesantías.

Las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG.

Concluye solicitando que se tenga como precedente lo dispuesto por el tribunal Administrativo de Antioquia, sala Cuarta, del 28 de septiembre de 2022, radicado 2022-00142, cuando indicó que:

“Desde ya se anuncia que la hipótesis que se sostendrá argumentativamente por esta Corporación, se concreta en denegar las súplicas de la demanda, en la medida en que el régimen de las cesantías e intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el contenido en la Ley 91 de 1981 y está reglamentado por el Acuerdo 039 de 1998 expedido por la Nación – Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, régimen que resulta incompatible con las regulaciones contenidas en el artículo 90 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, tal como se explicará detalladamente en el acápite respectivo”.

El **Ministerio Público** guardó silencio en esta etapa del proceso.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Excepciones

Frente a la excepción de *“Inexistencia de la obligación”* formulada por la Nación -Ministerio de Educación –Fomag y las denominadas como *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* y *“buena fe”* elevadas por el departamento de Caldas, teniendo en cuenta la forma como fueron formuladas, las mismas tienen una relación directa con el fondo del asunto, motivo por el cual su decisión estará subsumida dentro del análisis general del conflicto planteado.

3.2. Problema y Análisis Jurídico

De conformidad con lo expuesto en Auto 911 del 08 de mayo de 2023 que se pronunció sobre las pruebas y fijó el litigio, el problema jurídico a resolver se concreta en los siguientes interrogantes:

- i. **¿Debe declararse la nulidad del acto administrativo Nom 219 del 08 de septiembre de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías contemplados en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?**

Si la respuesta al anterior problema jurídico es positiva, el despacho se formula el siguiente problema jurídico subsiguiente:

- i. **¿Tiene derecho el señor EDWIN GILBERTO CARDONA ARITIZABAL como docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la presunta consignación tardía de sus cesantías del año 2020, y de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, que fueron cancelados después del 31 de enero de 2021?**
- ii. **¿Le asiste responsabilidad a la entidad territorial de concurrir al pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías y el pago tardío de los intereses de cesantías?**

3.3. Tesis del Despacho

Con fundamento en los parámetros jurídicos y jurisprudenciales que se pasaran a esbozar, encuentra el juzgado que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, dado que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se rige por la Ley 91 de 1989 y normas concordantes, por ende, no son beneficiarios de la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, ni de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecido en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

3.4. Premisas Normativas y Jurisprudenciales

Del régimen de cesantías anualizadas del sector privado y público.

Este régimen de cesantías hace alusión a que, anualmente, el empleador paga al trabajador las cesantías devengadas a través de la consignación en la administradora de cesantías -a elección del trabajador- antes del 15 de febrero de cada año y, así mismo cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente antes del 31 de enero de cada año.

En el sector privado este régimen se instituyó mediante la Ley 50 de 1990 *“Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”*, mientras que en el sector público se regula a través de la Ley 344 de 1996.

En necesario precisar que el Congreso de la República al expedir la Ley 344 de 1996 desmontó el sistema de retroactividad de las cesantías con el objeto de racionalizar el gasto público, y en su artículo 13 creó y estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, en los siguientes términos:

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

- a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;
- b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.

Parágrafo. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

La referida ley fue publicada en el Diario Oficial No. 42.951 del 31 de diciembre de 1996, por lo que las personas que se vincularon a partir de esa fecha a los órganos y entidades estatales (servidores públicos del nivel nacional, departamental, distrital o municipal), se gobiernan por el régimen anualizado de cesantías.

Por lo anterior, el régimen de liquidación anual de cesantías prácticamente se universalizó a partir del 31 de diciembre 1996, con corte a 31 de diciembre de cada año, debiéndose liquidar a favor del servidor público la prestación en forma definitiva por el año completo o la fracción laborada, salvo que la relación de trabajo termine en una fecha diferente.

Debe resaltarse además que el artículo en cita al establecer “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, excluyó de forma diáfana su aplicación a los docentes cobijados por dicha norma.

Más adelante, por medio del Decreto 1582 de 1998¹, el Gobierno Nacional reglamentó parcialmente el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 (liquidación de la cesantía anualizada), disponiendo en su artículo 1º, lo siguiente:

“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.

Parágrafo. - Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998”.

Quiere significar lo anterior que el régimen de cesantías anualizado creado por la Ley 50 de 1990, posteriormente aplicado a los empleados públicos en virtud de la Ley 344 de 1996, consiste en que cada año en fecha 31 de diciembre se efectúa una liquidación definitiva de las cesantías y el valor que esta operación arroje es consignado el año siguiente en **una cuenta individual del fondo de cesantías que el empleado elija**; cuya falta de consignación oportuna del monto liquidado como cesantía tiene como consecuencia jurídica a cargo del empleador el pago de una sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo (artículo 99 Ley 50 de 1990).

¹ “Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia”.

Frente al pago tardío de los intereses a las cesantías la Ley 50 de 1990, no consagró sanción alguna, razón por la cual, frente a este régimen se acude al artículo 1 de la Ley 52 de 1975, Por la cual se reconocen los intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares, el cual reza: *“Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente aquel en que se causaron, o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo periodo anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año”*, ello so pena de cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados conforme lo dispuesto en el numeral 3° *ibidem*.

Del régimen especial prestacional docente

El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, entidad vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyos recursos son operados por la Fiduciaria La Previsora S.A., canon que de forma clara, en su inciso final, estableció que el Fondo sería dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial **sin afectar el principio de unidad de caja**.

La norma mencionada dispuso además todo lo concerniente a las prestaciones sociales reconocidas a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional y entidades territoriales, estableciendo de paso en su artículo 1° el régimen aplicable al personal docente nacional, nacionalizado y territorial, consagrando en todo caso en su artículo 4° lo siguiente:

“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”.

Por su parte, el numeral 1° de su artículo 15 establece que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 se regirá de la siguiente manera: **i)** 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, **ii)** y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para los mismos efectos, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en esta ley.

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

“3. Cesantías:

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

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

Significa lo anterior que los docentes nacionalizados quienes fueron nombrados por los municipios, departamentos y distritos mediante facultades propias y con cargo a sus propios recursos, si no surge un nuevo nombramiento que varíe sus condiciones, continuarán rigiéndose por la normatividad de la entidad territorial, es decir que en lo que atañe a las cesantías se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial.

Frente a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se dispuso que se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, sometido al **régimen especial de cesantías consagrado en la Ley 91 de 1989, modificado parcialmente por la Ley 812 de 2003**, al cual tienen derecho al momento de su vinculación al servicio docente, dado que su

afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es obligatoria y opera de forma automática.

Tal y como se observa, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989, compendio que excluyó lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de transición normativa; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, nacionales y nacionalizados, estableció que su régimen aplicable sería el de los empleados públicos del orden nacional.

Es decir, solo los docentes territoriales y/o nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 podrían continuar con el régimen de cesantías vigente hasta antes de la Ley 91 de 1989, mientras que los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989 fueron cobijados por el nuevo régimen especial.

Posteriormente, el Ministerio de Educación Nacional a través del Decreto No. 3752 de 22 de diciembre de 2003, reglamentó, entre otros aspectos, el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estableciendo cómo deben hacerse los aportes y la transferencia de los recursos a este fondo; norma que en sus artículos 7 y 10 prevé:

“Artículo 7º 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 8º del presente decreto.”

Artículo 10º.- 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. (...)

Por su parte, la Ley 1955 de 2019 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022”, en el inciso 3 del artículo 57 frente a la eficiencia en la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, luego de

establecer cómo deben ser reconocidas, liquidadas y pagadas las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989, consagró:

“(…) 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.” (líneas fuera del texto original)

El artículo 324 de la Ley 2294 de 2023, Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 "Colombia Potencia Mundial de la Vida, vigente a partir del 19 de mayo de 2023, modificó el párrafo transitorio del artículo 57 de la ley 1955 de 2019 que consagra lo referente a la financiación del pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, indicando que comprende también las causadas a diciembre de 2022, pero **no modificó la obligatoriedad de atender al principio de unidad de caja para el pago de prestaciones económicas.**

Conforme la normativa parcialmente transcrita, es claro entonces que en virtud de lo establecido en la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está conformado como una cuenta especial adscrita al Ministerio de Educación Nacional, que se sostiene y está constituida por los giros efectuados por la Nación y los aportes realizados por las entidades territoriales, en sus diferentes modalidades (artículo 8 de la Ley 91 de 1989), **la cual es administrada a través del principio presupuestal de unidad de caja.**

Es decir, que estos recursos son consignados en un fondo común en el que los recursos siempre están a disposición para atender el pago de las prestaciones de los docentes cuando éstos cumplan con los requisitos señalados en la ley para acceder a estas, dado que este sistema permite tener recursos de forma continua y permanente, cuyo trámite está regulado por el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual consiste en que la secretaría de educación territorial a la cual se encuentra adscrito cada docente debe realizar anualmente el reporte de liquidación de las cesantías y de los intereses a las cesantías, con plazo de reporte el 5 de febrero de cada año, por su parte, la Fiduprevisora como vocera del Fomag debe realizar el depósito de los intereses a las cesantías en el mes de marzo de cada año siguiente.

En conclusión, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **no se administra mediante cuentas individualizadas asignadas a cada empleado en un fondo privado e independiente**, como lo establece la Ley 50 de 1990.

En todo caso, al estar constituida como una **cuenta de carácter especial**, esto excluye de por sí el empleo de regímenes de cesantías aplicables a los particulares y otros servidores públicos, es más, se recalca que la Ley 344 de 1996 por el cual se regula el régimen de cesantías del sector público en su artículo 13 al establecer “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, excluyó de forma expresa su aplicación a los docentes cobijados por dicha norma.

Se tiene entonces, que los docentes tienen un régimen especial configurado en la Ley 91 de 1989, distinto al régimen anualizado de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990 previsto en principio para los trabajadores de derecho privado y luego aplicado a los empleados públicos bajo la extensión de la Ley 344 de 1996.

Si bien la corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 consideró 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*”, y que “(...) *aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 (...), no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción (...)*, el Consejo de Estado como Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha considerado², al interpretar la sentencia previamente descrita, que:

- (i) el fondo administrador de las cesantías de los docentes es el FOMAG, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989, a diferencia de los fondos administradores de cesantías,
- (ii) respecto a la liquidación y manejo de cesantías, en la ley 50 de 1990 se previó la liquidación definitiva a 31 de diciembre y su consignación antes del 15 de febrero del año siguiente, diferente a la administración de los recursos que tiene a su cargo el FOMAG, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio, y
- (iii) frente a los intereses de las cesantías que establece el numeral 2° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, los afiliados al FOMAG reciben un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01, sentencia del 24 de enero de 2019

de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera, y esto último lo cual resulta más beneficioso para el docente afiliado al FOMAG.

Expuso el Consejo de Estado³ lo siguiente:

“Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, como « una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por el Gobierno Nacional en orden a:

«a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional; b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.>>

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

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

En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide

³ *Ibidem*.

definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Con fundamento en las anteriores premisas, concluyó el Consejo de Estado que:

Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia» (Énfasis del Despacho).

Se hace necesario precisar que si bien en la jurisprudencia previamente citada proferida por el Consejo de Estado se accedió a la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, el supuesto fáctico obedeció a que la docente no se había afiliado al FOMAG por el periodo comprendido entre 2003 a 2007, dado que su afiliación por parte del municipio de Santiago de Cali se realizó en esta última fecha. Así, ante el incumplimiento de la obligación de afiliación de la docente, se accedió al pago de la sanción moratoria por el periodo comprendido con anterioridad a su afiliación, situación que dista de lo expuesto por la parte actora en el presente medio de control.

De otro lado, no se desconoce que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y alguna jurisprudencia del Consejo de Estado han sentado que el personal docente, en virtud del principio de favorabilidad, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías contenida en la Ley 1071 de 2006, no obstante, en criterio de este Despacho, tal precedente no puede extenderse a las sanciones contempladas en la Ley 50 de 1990 y a la indemnización de la Ley 52 de 1975, al tratarse de regímenes de cesantías disimiles a las otorgadas por la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tal y como se dejó explico en antelación, motivo por el cual se considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes y anotados por la parte demandante en el escrito de demanda para sustentar sus pretensiones, no pueden aplicarse al caso objeto de examen.

En línea con lo anterior, el Tribunal Administrativo de Caldas⁴ ha considerado que:

“(…) [E]s claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.** (resaltado del texto original).

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en la Ley 50 de 1990 artículo 99, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

Es más la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006 y el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación CE-SUJ2 No. 001 de 2016, determinaron de forma diáfana que, en el régimen especial de cesantías docentes frente a otros regímenes de cesantías, no se da vulneración del derecho a la igualdad, dado que, en la aplicación del test de igualdad, no es posible verificar el primer elemento del juicio integrado de igualdad, concerniente a la existencia de un *patrón de igualdad o tertium comparationis*.

3.5. Análisis del caso concreto

Teniendo en cuenta el material probatorio obrante en el plenario, el cual fue incorporado siguiendo las formalidades establecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes, se observa que el señor **EDWIN GILBERTO CARDONA ARITIZABAL** conforme certificación de extracto de intereses a las cesantías expedida por La Fiduprevisora S.A.⁵ es docente vinculado al departamento de Caldas, afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya fuente de recursos proviene del Sistema de General de Participación

En razón a esto, se encuentra cobijado por el régimen especial de cesantías contenido en la Ley 91 de 1989, regulado por el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del

⁴ Sentencia del 31 de marzo de 2023, radicado 17001333300420220016402, M. P. Dohor Edwin Varón Vivas

⁵ Archivo “02EscritoDemandaAnexos” del expediente electrónico, p. 73 a 74.

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que excluye que el demandante pueda reclamar el reconocimiento y pago de la sanción por consignación extemporánea de las cesantías consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 desde el 15 de febrero de 2021, y la indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, por ser un régimen diferente, aplicable a los empleados públicos afiliados a fondos de cesantías privados o al Fondo Nacional del Ahorro, conforme a la Ley 344 de 1996 y sus decretos reglamentarios.

Lo anterior, sumado a que, como se anotó en líneas anteriores, los procedimientos y reconocimientos de cada régimen resultan sustancialmente diferentes, por lo que no es plausible, equiparar uno con el otro, como quiera que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es administrado a través del principio presupuestal de unidad de caja, la cual está conformada por los aportes efectuados por la Nación y las entidades territoriales, en diferentes oportunidades, para que el Fondo permanentemente cuente con recursos para realizar el pago de las prestaciones sociales de los docentes, entre ellas, las cesantías e intereses a las cesantías.

En tanto que el régimen regulado por la Ley 50 de 1990, se administra mediante cuentas individualizadas asignadas a cada empleado en un fondo privado e independiente o al Fondo Nacional de Ahorro, a elección del empleado.

3.6. Conclusión

Con base en las consideraciones expuestas se negarán las pretensiones de la demanda y se declararán fundadas las excepciones de *“Inexistencia de la obligación”* formulada por la Nación -Ministerio de Educación -Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio e *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* propuesta por el departamento de Caldas, sin que sea necesario efectuar pronunciamiento alguno frente a los demás medios exceptivos, ante la prosperidad de estos.

3.7. Costas

No se condena en costas en virtud de lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, inciso adicionado por la ley 2080 de 2021, al observarse que la demanda no se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, como tampoco se observa que estas se encuentren causadas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR FUNDADAS las excepciones *“inexistencia de la obligación”* formulada por la **NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** e *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* propuesta por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, por aludido en precedencia, lo que releva al juzgado de efectuar el estudio de los demás medios exceptivos ante la prosperidad de los primeros.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instauró el señor **EDWIN GILBERTO CARDONA ARITIZABAL** en contra de **LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

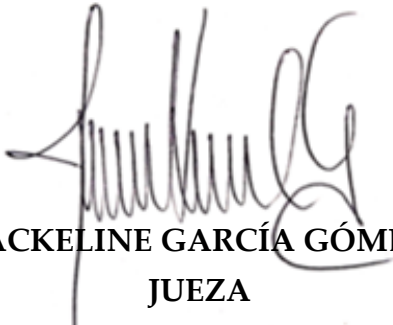
TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente expuesto.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

QUINTO: La presente sentencia queda notificada en estados de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

CCMP/Sust.

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 26/06/2023



MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA

Secretaria

Micrositio Web PUBLICACIÓN ESTADOS ELECTRÓNICOS:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-administrativo-de-descongestion-de-manizales/474>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE MANIZALES**

Manizales, veintitrés (23) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia N°:	116-2023
Radicación:	17001-33-39-007-2022-00027-00
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	NUBIA AGUDELO CASTRILLON
Demandado:	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DE CALDAS
Instancia:	PRIMERA

1. ASUNTO

En los términos del inciso final del numeral 1° artículo 182A de la Ley 1437, procede el Despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia. Para el efecto se tendrá en cuenta lo precisado en el Auto No. 835 de 24 de abril de 2023 que se pronunció sobre las pruebas de las partes y fijó el litigio.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones

Solicita la parte demandante, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, que se realicen las siguientes declaraciones:

“1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como NOM. 319 DEL 08 DE SEPTIEMBRE DE 2021, EXPEDIDO POR CARMENZA QUINTERO TORRES PROFESIONAL UNIVERSITARIO NÓMINA donde niegan el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de

retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FOMAG Y LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, de manera solidaria, le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la indemnización, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

Condenas

1. Condenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG Y LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

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

3. Condenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG Y A LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las

cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

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

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

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

2.2. Fundamentos fácticos de la demanda

Se indica que la demandante por laborar como docente en los servicios educativos estatales a cargo de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021 y sus cesantías sea canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021.

Que ni la entidad territorial ni el Ministerio de Educación Nacional han procedido de manera efectiva a consignar los intereses de las cesantías ni las cesantías que corresponden a la labor docente del demandante como servidor público del año 2020 ante la FIDUCIARIA LA PREVISORA o el FOMAG, por lo que deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas desde el 01 de enero de 2021 para el caso de los intereses de las cesantías y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías que debían haber sido consignadas.

Que con fecha 01 de septiembre de 2021, se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad

nominadora y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante el acto administrativo demandado las pretensiones elevadas.

2.3. Normas Violadas y Concepto de Transgresión

En el escrito de demanda como normas violadas, se anunciaron las siguientes:

Artículos 13 y 53 de la Constitución Política de Colombia.

Artículos 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.

Artículo 1° de la Ley 52 de 1975.

Artículo 13 de la Ley 344 de 1996.

Artículo 5° de la Ley 432 de 1998.

Artículo 3° del Decreto Nacional 1176 de 1991.

Artículos 1 y 2 del Decreto Nacional 1582 de 1998.

Frente al concepto de violación refirió la parte demandante, en síntesis, que seguir sosteniendo por parte del Ministerio de Hacienda que apropia unos recursos para sufragar el costo de los anticipos de cesantías en el mes de julio de cada año para los docentes que vayan solicitando cesantías que lo requieran, no despoja de la obligación a las entidades territoriales y a la Nación -Ministerio de Educación Nacional de consignar las cesantías a todos los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990 en la respectiva cuenta individual del docente, el 15 de febrero de cada anualidad, así el docente no las solicite.

Afirma que es un hecho notorio para la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que desde el año 2010 hasta la fecha a los docentes que han solicitado cesantías parciales se les ha demorado su pago, venciendo los términos de la ley 1071 del año 2006, evidenciando que sus cesantías cuando iban a ser solicitadas no se encontraban consignadas en el Fomag.

Agrega que cuando se expidió la ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la ley 91 del 29 de diciembre de 1989, la finalidad fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Honorable Corte Constitucional C- 486 DE 2016, SU 098 DE 2018, SU 332 DE 2019, y la SU 041 DE 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactividad a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar 15 de febrero de cada anualidad, so pena de la cancelación de la sanción por mora que ahora solicita.

Al tratarse de unas cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero y ser consignadas en el Fomag antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de servidores públicos.

Para sustentar su posición cita apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado de 6 de agosto de 2020 Exp. 0833-16, 24 de enero de 2019 Exp. 4854-2014, 21 de febrero de 2019 Rad. 54001-2333-000-2016-00236-01, 10 de julio de 2020 Rad. 08001-2333-000- 2014-00208-01, 12 de noviembre de 2020 Rad. 08001-2333-000-2014-00132-01, 17 de junio de 2021 Exp. 4979-2017, y 17 de junio de 2021 Rad. 08001-2333-000- 2015-00331-01.

Refiere que la Corte Constitucional en Sentencias SU-98 de 2018 y SU-332 de 2019 consideró 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.

Alega que la entidad territorial tiene el deber de consignar las cesantías al Fomag y es responsable de manera conjunta con la Nación en virtud de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, pues en su criterio se generó una descentralización a la función que, previamente conforme lo consagrado en la Ley 91 de 1989 era únicamente desconcentrada en la Nación.

Considera además que la sanción por mora en las cesantías contenida en la ley 50 de 1990 cubre a todos los empleados públicos del orden nacional, en consonancia con el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, que expresa que dicha disposición se aplica sin importar lo que haya determinado la Ley 91 de 1989 en ese sentido, determinando el derecho que le asiste al docente reclamante en solicitar el pago de la sanción por inoportuna consignación anual (con posterioridad al 15 de febrero de cada año), por no pago de intereses antes del 30 de enero de cada año y por demora en reconocimiento y pago conforme la Ley 1071 de 2006.

2.4. Contestaciones

Nación -Ministerio de Educación -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

No contestó la demanda

Departamento de Caldas:

Refiere que conforme el artículo 3° y el párrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es exclusiva del Fomag.

Aunado a que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional, establecido en la Ley 91 de 1989, en donde no está consagrada la indemnización moratoria, por lo que mal haría el despacho en reconocer una sanción inexistente en un régimen exceptuado, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de que trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el Fomag al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Formuló como medios exceptivos: *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* y *“Buena Fe”*.

2.5. Trámite procesal

Mediante auto del 24 de octubre de 2022 se admitió la demanda. A través de proveído del 24 de abril de 2023 el despacho consideró procedente emitir sentencia anticipada, en consecuencia, se pronunció sobre las pruebas y fijó el litigio. Por último, con auto del 02 de mayo de 2023 se corrió traslado para alegar de conclusión.

2.6. Alegatos de Conclusión

Parte Demandante: Con escrito allegado el 10 de mayo del año en curso aduce en suma que se encuentra probado que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías al Fomag dentro del término establecido, así mismo, el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Afirma que, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el Fomag, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Refiere que la liquidación anualizada de las cesantías comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual con la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989; sin embargo, ello solo vino a ser regulado por la Ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año debe consignar los valores correspondientes a la

cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

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

Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: Se pronunció mediante escrito del 09 de mayo del presente año indicando que luego de realizar un análisis de los diferentes regímenes de cesantías, adujo que a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del Fomag tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados, dada la naturaleza y estructura de este fondo que se gobierna por el principio de unidad de caja, el cual permite que con el recaudo de todos los rubros se conforme una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones económicas de los docentes (incluidas las cesantías y los intereses de las cesantías) y los servicios de salud.

De lo que se concluye en primer término, que en el Fomag no hay cuentas individuales para los docentes, y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan, sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Por ello, no es viable aplicar al caso concreto el contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues en el Fomag no se administran las cesantías a través de la creación de cuentas individuales a cada docente.

Para concluir, argumenta que en virtud de la “aplicación de la técnica de distinción” el Operador Judicial debe efectuar una valoración respecto de la identidad fáctico-jurídica contenida en la jurisprudencia alegada en la demanda, lo que permitirá evidenciar que los presupuestos de hecho y derecho que le imputa el demandante distan diametralmente de los acaecidos en las sentencias relacionadas, por lo que no pueden constituir precedente en el asunto objeto de estudio.

Solicita, por tanto, se denieguen las pretensiones de la demanda

Departamento de Caldas: Sostuvo mediante escrito del 16 de mayo del presente año que la Secretaría de Educación del departamento de Caldas no es responsable en la mora, pues cumplió con todos los parámetros legales a que se obliga frente a la solicitud de cesantías.

Las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG.

Concluye solicitando que se tenga como precedente lo dispuesto por el tribunal Administrativo de Antioquia, sala Cuarta, del 28 de septiembre de 2022, radicado 2022-00142, cuando indicó que:

“Desde ya se anuncia que la hipótesis que se sostendrá argumentativamente por esta Corporación, se concreta en denegar las súplicas de la demanda, en la medida en que el régimen de las cesantías e intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el contenido en la Ley 91 de 1981 y está reglamentado por el Acuerdo 039 de 1998 expedido por la Nación – Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, régimen que resulta incompatible con las regulaciones contenidas en el artículo 90 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, tal como se explicará detalladamente en el acápite respectivo”.

El **Ministerio Público** guardó silencio en esta etapa del proceso.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Excepciones

Frente a las excepciones de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* y *“buena fe”* elevadas por el departamento de Caldas, teniendo en cuenta la forma como fueron formuladas, las mismas tienen una relación directa con el fondo del asunto, motivo por el cual su decisión estará subsumida dentro del análisis general del conflicto planteado.

3.2. Problema y Análisis Jurídico

De conformidad con lo expuesto en Auto 835 del 24 de abril de 2023 que se pronunció sobre las pruebas y fijó el litigio, el problema jurídico a resolver se concreta en los siguientes interrogantes:

- i. **¿Debe declararse la nulidad del acto administrativo Nom 319 del 08 de septiembre de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la**

Ley 50 de 1990, artículo 99, y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías contemplados en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?

Si la respuesta al anterior problema jurídico es positiva, el despacho se formula el siguiente problema jurídico subsiguiente:

- i. **¿Tiene derecho la señora NUBIA AGUDELO CASTRILLÓN como docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la presunta consignación tardía de sus cesantías del año 2020, y de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, que fueron cancelados después del 31 de enero de 2021?**
- ii. **¿Le asiste responsabilidad a la entidad territorial de concurrir al pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías y el pago tardío de los intereses de cesantías?**

3.3. Tesis del Despacho

Con fundamento en los parámetros jurídicos y jurisprudenciales que se pasaran a esbozar, encuentra el juzgado que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, dado que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se rige por la Ley 91 de 1989 y normas concordantes, por ende, no son beneficiarios de la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, ni de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecido en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

3.4. Premisas Normativas y Jurisprudenciales

Del régimen de cesantías anualizadas del sector privado y público.

Este régimen de cesantías hace alusión a que, anualmente, el empleador paga al trabajador las cesantías devengadas a través de la consignación en la administradora de cesantías -a elección del trabajador- antes del 15 de febrero de cada año y, así mismo cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente antes del 31 de enero de cada año.

En el sector privado este régimen se instituyó mediante la Ley 50 de 1990 *“Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”*, mientras que en el sector público se regula a través de la Ley 344 de 1996.

Es necesario precisar que el Congreso de la República al expedir la Ley 344 de 1996 desmontó el sistema de retroactividad de las cesantías con el objeto de racionalizar el gasto público, y en su artículo 13 creó y estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, en los siguientes términos:

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

- a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;
- b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.

Parágrafo. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

La referida ley fue publicada en el Diario Oficial No. 42.951 del 31 de diciembre de 1996, por lo que las personas que se vincularon a partir de esa fecha a los órganos y entidades estatales (servidores públicos del nivel nacional, departamental, distrital o municipal), se gobiernan por el régimen anualizado de cesantías.

Por lo anterior, el régimen de liquidación anual de cesantías prácticamente se universalizó a partir del 31 de diciembre 1996, con corte a 31 de diciembre de cada año, debiéndose liquidar a favor del servidor público la prestación en forma definitiva por el año completo o la fracción laborada, salvo que la relación de trabajo termine en una fecha diferente.

Debe resaltarse además que el artículo en cita al establecer *“Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, excluyó de forma diáfana su aplicación a los docentes cobijados por dicha norma.

Más adelante, por medio del Decreto 1582 de 1998¹, el Gobierno Nacional reglamentó parcialmente el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 (liquidación de la cesantía anualizada), disponiendo en su artículo 1°, lo siguiente:

¹ “Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia”.

“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.

Parágrafo. - Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998”.

Quiere significar lo anterior que el régimen de cesantías anualizado creado por la Ley 50 de 1990, posteriormente aplicado a los empleados públicos en virtud de la Ley 344 de 1996, consiste en que cada año en fecha 31 de diciembre se efectúa una liquidación definitiva de las cesantías y el valor que esta operación arroje es consignado el año siguiente en **una cuenta individual del fondo de cesantías que el empleado elija**; cuya falta de consignación oportuna del monto liquidado como cesantía tiene como consecuencia jurídica a cargo del empleador el pago de una sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo (artículo 99 Ley 50 de 1990).

Frente al pago tardío de los intereses a las cesantías la Ley 50 de 1990, no consagró sanción alguna, razón por la cual, frente a este régimen se acude al artículo 1 de la Ley 52 de 1975, Por la cual se reconocen los intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares, el cual reza: *“Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente aquel en que se causaron, o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo periodo anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año”*, ello so pena de cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados conforme lo dispuesto en el numeral 3° *ibidem*.

Del régimen especial prestacional docente

El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, entidad vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyos recursos son operados por la Fiduciaria La Previsora S.A., canon que de forma clara, en su inciso final, estableció que el Fondo sería dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial **sin afectar el principio de unidad de caja**.

La norma mencionada dispuso además todo lo concerniente a las prestaciones sociales reconocidas a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional y entidades territoriales, estableciendo de paso en su artículo 1° el régimen aplicable al personal docente nacional, nacionalizado y territorial, consagrando en todo caso en su artículo 4° lo siguiente:

“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 renunciaciones 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”.

Por su parte, el numeral 1° de su artículo 15 establece que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 se registrará de la siguiente manera: **i)** 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, **ii)** y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para los mismos efectos, se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en esta ley.

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

“3. Cesantías:

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

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones

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

Significa lo anterior que los docentes nacionalizados, quienes fueron nombrados por los municipios, departamentos y distritos mediante facultades propias y con cargo a sus propios recursos, siempre que no surja un nuevo nombramiento que varíe sus condiciones, continuarán rigiéndose por la normatividad de la entidad territorial, es decir que en lo que atañe a las cesantías se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial.

Frente a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se dispuso que se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, sometido al **régimen especial de cesantías consagrado en la Ley 91 de 1989, modificado parcialmente por la Ley 812 de 2003**, al cual tienen derecho al momento de su vinculación al servicio docente, dado que su afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es obligatoria y opera de forma automática.

Tal y como se observa, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989, compendio que excluyó lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de transición normativa; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, nacionales y nacionalizados, estableció que su régimen aplicable sería el de los empleados públicos del orden nacional.

Es decir, solo los docentes territoriales y/o nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 podrían continuar con el régimen de cesantías vigente hasta antes de la Ley 91 de 1989, mientras que los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989 fueron cobijados por el nuevo régimen especial.

Posteriormente, el Ministerio de Educación Nacional a través del Decreto No. 3752 de 22 de diciembre de 2003, reglamentó, entre otros aspectos, el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estableciendo

cómo deben hacerse los aportes y la transferencia de los recursos a este fondo; norma que en sus artículos 7 y 10 prevé:

“Artículo 7º 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 8º del presente decreto.”

Artículo 10º.- 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. (...)

Por su parte, la Ley 1955 de 2019 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022”, en el inciso 3 del artículo 57 frente a la eficiencia en la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, luego de establecer cómo deben ser reconocidas, liquidadas y pagadas las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989, consagró:

“(…) 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.” (líneas fuera del texto original)

El artículo 324 de la Ley 2294 de 2023, Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 "Colombia Potencia Mundial de la Vida, vigente a partir del 19 de mayo de 2023, modificó el párrafo transitorio del artículo 57 de la ley 1955 de 2019 que consagra lo referente a la financiación del pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, indicando que comprende también las causadas a diciembre de 2022, pero **no modificó la obligatoriedad de atender al principio de unidad de caja para el pago de prestaciones económicas.**

Conforme la normativa parcialmente transcrita, es claro entonces que en virtud de lo establecido en la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está conformado como una cuenta especial adscrita al Ministerio de Educación Nacional, que se sostiene y está constituida por los giros efectuados por la Nación y los aportes realizados por las entidades territoriales, en sus diferentes modalidades (artículo 8 de la Ley 91 de 1989), **la cual es administrada a través del principio presupuestal de unidad de caja.**

Es decir, que estos recursos son consignados en un fondo común en el que los recursos siempre están a disposición para atender el pago de las prestaciones de los docentes cuando éstos cumplan con los requisitos señalados en la ley para acceder a estas, dado que este sistema permite tener recursos de forma continua y permanente, cuyo trámite está regulado por el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual consiste en que la secretaría de educación territorial a la cual se encuentra adscrito cada docente debe realizar anualmente el reporte de liquidación de las cesantías y de los intereses a las cesantías, con plazo de reporte el 5 de febrero de cada año, por su parte, la Fiduprevisora como vocera del Fomag debe realizar el depósito de los intereses a las cesantías en el mes de marzo de cada año siguiente.

En conclusión, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **no se administra mediante cuentas individualizadas asignadas a cada empleado en un fondo privado e independiente**, como lo establece la Ley 50 de 1990.

En todo caso, al estar constituida como una **cuenta de carácter especial**, esto excluye de por sí el empleo de regímenes de cesantías aplicables a los particulares y otros servidores públicos, es más, se recalca que la Ley 344 de 1996 por el cual se regula el régimen de cesantías del sector público en su artículo 13 al establecer “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, excluyó de forma expresa su aplicación a los docentes cobijados por dicha norma.

Se tiene entonces, que los docentes tienen un régimen especial configurado en la Ley 91 de 1989, distinto al régimen anualizado de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990 previsto en principio para los trabajadores de derecho privado y luego aplicado a los empleados públicos bajo la extensión de la Ley 344 de 1996.

Si bien la corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 consideró 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”, y que “(...) aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 (...), no esté expresamente consagrada a favor

de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción (...), el Consejo de Estado como Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha considerado², al interpretar la sentencia previamente descrita, que:

- (i) el fondo administrador de las cesantías de los docentes es el FOMAG, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989, a diferencia de los fondos administradores de cesantías,
- (ii) respecto a la liquidación y manejo de cesantías, en la ley 50 de 1990 se previó la liquidación definitiva a 31 de diciembre y su consignación antes del 15 de febrero del año siguiente, diferente a la administración de los recursos que tiene a su cargo el FOMAG, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio, y
- (iii) frente a los intereses de las cesantías que establece el numeral 2° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, los afiliados al FOMAG reciben un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera, lo cual resulta más beneficioso para el docente afiliado al FOMAG.

Expuso el Consejo de Estado³ lo siguiente:

“Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989, como « una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por el Gobierno Nacional en orden a:

² Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01, sentencia del 24 de enero de 2019

³ *Ibidem*.

«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.>>

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

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

En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Con fundamento en las anteriores premisas, concluyó el Consejo de Estado que:

“Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia” (Énfasis del Despacho).

Se hace necesario precisar que si bien en la jurisprudencia previamente citada proferida por el Consejo de Estado se accedió a la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, el supuesto fáctico obedeció a que la docente no se había afiliado al FOMAG por el periodo comprendido entre 2003 a 2007, dado que su afiliación por parte del municipio de Santiago de Cali se realizó en esta última fecha. Así, ante el incumplimiento de la obligación de afiliación de la docente, se accedió al pago de la sanción moratoria por el periodo comprendido con anterioridad a su afiliación, situación que dista de lo expuesto por la parte actora en el presente medio de control.

De otro lado, no se desconoce que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y alguna jurisprudencia del Consejo de Estado han sentado que el personal docente, en virtud del principio de favorabilidad, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías contenida en la Ley 1071 de 2006, no obstante, en criterio de este Despacho, tal precedente no puede extenderse a las sanciones contempladas en la Ley 50 de 1990 y a la indemnización de la Ley 52 de 1975, al tratarse de regímenes de cesantías disímiles a las otorgadas por la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tal y como se explicó en antelación, motivo por el cual se considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes y anotados por la parte demandante en el escrito de demanda para sustentar sus pretensiones, no pueden aplicarse al caso objeto de examen.

En línea con lo anterior, el Tribunal Administrativo de Caldas⁴ ha considerado que:

“(…) [E]s claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.** (resaltado del texto original).

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en la Ley 50 de 1990 artículo 99, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

⁴ Sentencia del 31 de marzo de 2023, radicado 17001333300420220016402, M. P. Dohor Edwin Varón Vivas

Es más la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006 y el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación CE-SUJ2 No. 001 de 2016, determinaron de forma diáfana que, en el régimen especial de cesantías docentes frente a otros regímenes de cesantías, no se da vulneración del derecho a la igualdad, dado que, en la aplicación del test de igualdad, no es posible verificar el primer elemento del juicio integrado de igualdad, concerniente a la existencia de un *patrón de igualdad o tertium comparationis*.

3.5. Análisis del caso concreto

Teniendo en cuenta el material probatorio obrante en el plenario, el cual fue incorporado siguiendo las formalidades establecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes, se observa que la señora **NUBIA AGUDELO CASTRILLÓN** conforme certificación de extracto de intereses a las cesantías expedida por La Fiduprevisora S.A.⁵ es docente vinculada al departamento de Caldas, afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya fuente de cursos proviene del Sistema de General de Participación

En razón a esto, se encuentra cobijada por el régimen especial de cesantías contenido en la Ley 91 de 1989, regulado por el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que excluye que la demandante pueda reclamar el reconocimiento y pago de la sanción por consignación extemporánea de las cesantías consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 desde el 15 de febrero de 2021, y la indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, al tratarse de un régimen diferente, aplicable a los empleados públicos afiliados a fondos de cesantías privados o al Fondo Nacional del Ahorro, conforme a la Ley 344 de 1996 y sus decretos reglamentarios.

Lo anterior, sumado a que, como se anotó en líneas anteriores, los procedimientos y reconocimientos de cada régimen resultan sustancialmente diferentes, por lo que no es plausible, equiparar uno con el otro, como quiera que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es administrado a través del principio presupuestal de unidad de caja, la cual está conformada por los aportes efectuados por la Nación y las entidades territoriales, en diferentes oportunidades, para que el Fondo permanentemente cuente con recursos para realizar el pago de las prestaciones sociales de los docentes, entre ellas, las cesantías e intereses a las cesantías.

En tanto que el régimen regulado por la Ley 50 de 1990, se administra mediante cuentas individualizadas asignadas a cada empleado en un fondo privado e independiente o al Fondo Nacional de Ahorro, a elección del empleado.

⁵ Archivo "02EscritoDemandaAnexos" del expediente electrónico, p. 74 a 75.

3.6. Conclusión

Con base en las consideraciones expuestas se negarán las pretensiones de la demanda y se declarará fundada de oficio la excepción de *“Inexistencia de la obligación”* en favor de la Nación -Ministerio de Educación -Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y se declarará probada la excepción de *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* propuesta por el departamento de Caldas, sin que sea necesario efectuar pronunciamiento alguno frente a los demás medios exceptivos, ante la prosperidad de estos.

3.7. Costas

No se condena en costas en virtud de lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, inciso adicionado por la ley 2080 de 2021, al observarse que la demanda no se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, como tampoco se observa que estas se encuentren causadas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA de oficio la excepción de *“Inexistencia de la obligación”* en favor de la **NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, y **DECLARAR FUNDADA** la excepción de *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* propuesta por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, por aludido en precedencia, lo que releva al juzgado de efectuar el estudio de los demás medios exceptivos ante la prosperidad de los primeros.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instauró la señora **NUBIA AGUDELO CASTRILLÓN** en contra de **LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente expuesto.

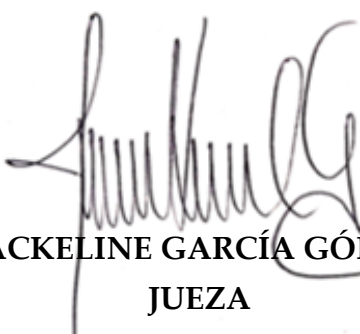
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso,

DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

QUINTO: La presente sentencia queda notificada en estados de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

CCMP/Sust.

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 26/06/2023



MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

Micrositio Web PUBLICACIÓN ESTADOS ELECTRÓNICOS:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-administrativo-de-descongestion-de-manizales/474>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE MANIZALES**

Manizales, veintitrés (23) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia N°:	117-2023
Radicación:	17001-33-39-007-2022-00063-00
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	ECCEHOMO DELGADO CASTAÑO
Demandado:	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DE CALDAS
Instancia:	PRIMERA

1. ASUNTO

En los términos del inciso final del numeral 1° artículo 182A de la Ley 1437, procede el Despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia. Para el efecto se tendrá en cuenta lo precisado en el Auto No. 1107 de 29 de mayo de 2023 que se pronunció sobre las pruebas de las partes y fijó el litigio.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones

Solicita la parte demandante, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, que se realicen las siguientes declaraciones:

“1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como NOM. 924 DEL 25 DE OCTUBRE DE 2021, EXPEDIDO POR CARMENZA QUINTERO TORRES PROFESIONAL UNIVERSITARIO NÓMINA donde niegan el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de

retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FOMAG Y LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, de manera solidaria, le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la indemnización, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

Condenas

1. Condenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG Y LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

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

3. Condenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG Y A LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las

cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

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

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

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

2.2. Fundamentos fácticos de la demanda

Se indica quea parte demandante por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021 y sus cesantías sea canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021.

Que ni la entidad territorial ni el Ministerio de Educación Nacional han procedido de manera efectiva a consignar los intereses de las cesantías ni las cesantías que corresponden a la labor docente del demandante como servidor público del año 2020 ante la FIDUCIARIA LA PREVISORA o el FOMAG, por lo que deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas desde el 01 de enero de 2021 para el caso de los intereses de las cesantías y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías que debían haber sido consignadas.

Que con fecha 01 de septiembre de 2021, se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad

nominadora y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante el acto administrativo demandado las pretensiones invocadas.

2.3. Normas Violadas y Concepto de Transgresión

En el escrito de demanda como normas violadas, se alegaron las siguientes:

Artículos 13 y 53 de la Constitución Política de Colombia.

Artículos 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.

Artículo 1° de la Ley 52 de 1975.

Artículo 13 de la Ley 344 de 1996.

Artículo 5° de la Ley 432 de 1998.

Artículo 3° del Decreto Nacional 1176 de 1991.

Artículos 1 y 2 del Decreto Nacional 1582 de 1998.

Frente al concepto de violación refirió la parte demandante, en síntesis, que seguir sosteniendo por parte del Ministerio de Hacienda que apropia unos recursos para sufragar el costo de los anticipos de cesantías en el mes de julio de cada año para los docentes que vayan solicitando cesantías que lo requieran, no despoja de la obligación a las entidades territoriales y a la Nación -Ministerio de Educación Nacional de consignar las cesantías a todos los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990 en la respectiva cuenta individual del docente, el 15 de febrero de cada anualidad, así el docente no las solicite.

Afirma que es un hecho notorio para la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que desde el año 2010 hasta la fecha a los docentes que han solicitado cesantías parciales se les ha demorado su pago, venciendo los términos de la ley 1071 del año 2006, evidenciando que sus cesantías cuando iban a ser solicitadas no se encontraban consignadas en el Fomag.

Agrega que cuando se expidió la ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la ley 91 del 29 de diciembre de 1989, la finalidad fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Honorable Corte Constitucional C- 486 DE 2016, SU 098 DE 2018, SU 332 DE 2019, y la SU 041 DE 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactividad a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar 15 de febrero de cada anualidad, so pena de la cancelación de la sanción por mora que ahora solicita.

Al tratarse de unas cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero y ser consignadas en el Fomag antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de servidores públicos.

Para sustentar su posición cita apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado de 6 de agosto de 2020 Exp. 0833-16, 24 de enero de 2019 Exp. 4854-2014, 21 de febrero de 2019 Rad. 54001-2333-000-2016-00236-01, 10 de julio de 2020 Rad. 08001-2333-000- 2014-00208-01, 12 de noviembre de 2020 Rad. 08001-2333-000-2014-00132-01, 17 de junio de 2021 Exp. 4979-2017, y 17 de junio de 2021 Rad. 08001-2333-000- 2015-00331-01.

Refiere que la Corte Constitucional en Sentencias SU-98 de 2018 y SU-332 de 2019 consideró 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.

Alega que la entidad territorial tiene el deber de consignar las cesantías al Fomag y es responsable de manera conjunta con la Nación en virtud de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, pues en su criterio se generó una descentralización a la función que, previamente conforme lo consagrado en la Ley 91 de 1989 era únicamente desconcentrada en la Nación.

Considera además que la sanción por mora en las cesantías contenida en la ley 50 de 1990 cubre a todos los empleados públicos del orden nacional, en consonancia con el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, que expresa que dicha disposición se aplica sin importar lo que haya determinado la Ley 91 de 1989 en ese sentido, determinando el derecho que le asiste al docente reclamante en solicitar el pago de la sanción por inoportuna consignación anual (con posterioridad al 15 de febrero de cada año), por no pago de intereses antes del 30 de enero de cada año y por demora en reconocimiento y pago conforme la Ley 1071 de 2006.

2.4. Contestaciones

Nación -Ministerio de Educación -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

Afirma que las cesantías de la demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del Fomag.

Las normas en cita no contemplan la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica y física de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende la demandante, pues el Fomag se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración, lo cual se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”, pues en lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

Así las cosas, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, para el escenario del Fomag, ya que lo que castiga la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes afiliados al Fomag, de contera se descarta algún tipo de sanción.

Propuso como única excepción la que denominó *“Inexistencia de la obligación”*

Departamento de Caldas:

Refiere que conforme el artículo 3° y el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es exclusiva del Fomag.

Aunado a que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional, establecido en la Ley 91 de 1989, en donde no está consagrada la indemnización moratoria, por lo que mal haría el despacho en reconocer una sanción inexistente en un régimen exceptuado, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de que trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el Fomag al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Formuló como medios exceptivos: *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* y *“Buena Fe”*.

2.5. Trámite procesal

Mediante auto del 03 de agosto de 2022 se admitió la demanda. Con providencia del 15 de mayo de 2023 se resolvieron las excepciones previas propuestas. A través de proveído del 29 de mayo de 2023 el despacho consideró procedente emitir sentencia anticipada, en consecuencia, se pronunció sobre las pruebas, y ordenó correr traslado para alegar de conclusión.

2.6. Alegatos de Conclusión

Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: Se pronunció con memorial del 14 de junio de 2023 indicando que los docentes son destinatarios del régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989 como empleados públicos del orden nacional se encuentran afiliados de forma obligatoria al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no a una cuenta individual elegida por el docente. Tanto la liquidación de las cesantías como el trámite de la consignación son distintos para uno y otro régimen, circunstancia que abre paso a la necesidad de verificar si es dable la aplicación del principio de favorabilidad como consecuencia de la inexistencia de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías en el régimen especial docente.

Así, considera que no solo son dos regímenes completamente disimiles tanto en la liquidación como en la forma de pago, sino que además cada una de ellas tiene destinatarios distintos, pues se itera, la ley 50 de 1990 prevé su aplicación a los servidores públicos del nivel territorial afiliados a un fondo privado de cesantías y los docentes son empleados públicos del orden nacional afiliados por disposición legal única y exclusivamente a la cuenta especial de la Nación, mientras que los trabajadores particulares tienen derecho a escoger libremente el fondo de cesantías que mayor rentabilidad pueda generar a la administración de las mismas.

En el régimen especial docente no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la misma vigencia presupuestal se descuenta del presupuesto de las entidades territoriales una doceava parte del situado fiscal para reservar el valor del pasivo prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías, descartando inmediatamente la sanción mora por consignación extemporánea.

La actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente.

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

Ministerio Público: Mediante pronunciamiento del 30 de mayo de 2023 el delegado del Ministerio Público afirmó que a los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no le es aplicable la sanción mora regulada en la ley 50 de 1990 art. 99 por no consignación de las cesantías y por no pago de los intereses anuales a las cesantías previstas en esta norma en armonía con la Ley 52 de 1975, las sanciones reguladas en el artículo 99 núm. 3 de la Ley 50 de 1990 y la Ley 52 de 1975, solo serán aplicables por extensión analógica a los docentes, cuando el ente territorial haya omitido la afiliación del empleado público al Fomag, y por excepción, aunque el docente esté afiliado al Fomag, sí es aplicable la sanción moratoria por consignación tardía de cesantías, en virtud del principio de favorabilidad, cuando se demuestre omisión o tardanza por parte del ente territorial en el traslado de los recursos que en su momento debió girar al citado fondo como pasivo de las cesantías existente al momento de la afiliación del docente.

Expuso que a diferencia del régimen administrado por las administradoras de fondos de cesantías originados por la Ley 50 de 1990, los recursos para el pago de las cesantías de los docentes están siempre disponibles dadas las provisiones mensuales de presupuestos para el pago de prestaciones a cargo del Fomag. En efecto, la Nación gira estos recursos mediante apropiación presupuestal al fondo común según la periodicidad reglamentada. En caso de que se requieran ajustes de esos aportes frente a una anualidad, estos se acrediten a más tardar en el mes de enero del año siguiente.

Considera el delegado del Ministerio Público que las normas que regulan la materia no se encuentra regulada ninguna sanción por no consignación de cesantías o retardo de esta, y tampoco por mora en los reportes que deben hacer los entes territoriales al Fomag, y es que no podría haberla porque a efectos del reconocimiento, administración y pago de cesantías a los docentes afiliados al Fomag, no existe un empleador que haga consignación del auxilio a favor del empleado.

Se indicó que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, regla que también aplica para el Fomag y los entes territoriales que, se insiste, actúan bajo unas reglas especiales predefinidas. Por lo tanto, años después no se les puede sancionar por cumplir sus funciones bajo un marco regulatorio que no fijaban sanción alguna.

Así, no puede sancionarse omitir una consignación de cesantías respecto de la cual no existe un deber de consignar, ya el interés del 12% sobre la cesantía liquidada del respectivo año no es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, pues se estaría sancionando al empleador o al Fomag por cumplir la ley, y se aplicarían 2 sanciones relacionadas con el mismo hecho y finalidad, dado que para los afiliados al Fomag es aplicable la sanción por pago tardío de cesantías (Ley 244 modificada por la Ley 1071.

La **parte demandante** y el **departamento de Caldas** guardaron silencio en esta etapa del proceso.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Excepciones

Frente a la excepción de *“Inexistencia de la obligación”* formulada por la Nación -Ministerio de Educación –Fomag y las denominadas como *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* y *“buena fe”* elevadas por el departamento de Caldas, teniendo en cuenta la forma como fueron formuladas, las mismas tienen una relación directa con el fondo del asunto, motivo por el cual su decisión estará subsumida dentro del análisis general del conflicto planteado.

3.2. Problema y Análisis Jurídico

De conformidad con lo expuesto en Auto 1107 del 29 de mayo de 2023 que se pronunció sobre las pruebas y fijó el litigio, el problema jurídico a resolver se concreta en los siguientes interrogantes:

- i. **¿Debe declararse la nulidad del acto administrativo Nom 924 del 25 de septiembre de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías contemplados en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?**

Si la respuesta al anterior problema jurídico es positiva, el despacho se formula el siguiente problema jurídico subsiguiente:

- i. **¿Tiene derecho ECCEHOMO DELGADO CASTAÑO como docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la presunta consignación tardía de sus cesantías del año 2020, y de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, que fueron cancelados después del 31 de enero de 2021?**
- ii. **¿Le asiste responsabilidad a la entidad territorial de concurrir al pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías y el pago tardío de los intereses de cesantías?**

3.3. Tesis del Despacho

Con fundamento en los parámetros jurídicos y jurisprudenciales que se pasaran a esbozar, encuentra el juzgado que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, dado que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se rige por la Ley 91 de 1989 y normas concordantes, por ende, no son beneficiarios de la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, ni de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecido en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

3.4. Premisas Normativas y Jurisprudenciales

Del régimen de cesantías anualizadas del sector privado y público.

Este régimen de cesantías hace alusión a que, anualmente, el empleador paga al trabajador las cesantías devengadas a través de la consignación en la administradora de cesantías -a elección del trabajador- antes del 15 de febrero de cada año y, así mismo cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente antes del 31 de enero de cada año.

En el sector privado este régimen se instituyó mediante la Ley 50 de 1990 *“Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”*, mientras que en el sector público se regula a través de la Ley 344 de 1996.

En necesario precisar que el Congreso de la República al expedir la Ley 344 de 1996 desmontó el sistema de retroactividad de las cesantías con el objeto de racionalizar el gasto público, y en su artículo 13 creó y estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, en los siguientes términos:

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

- a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;
- b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.

Parágrafo. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

La referida ley fue publicada en el Diario Oficial No. 42.951 del 31 de diciembre de 1996, por lo que las personas que se vincularon a partir de esa fecha a los órganos y entidades estatales (servidores públicos del nivel nacional, departamental, distrital o municipal), se gobiernan por el régimen anualizado de cesantías.

Por lo anterior, el régimen de liquidación anual de cesantías prácticamente se universalizó a partir del 31 de diciembre 1996, con corte a 31 de diciembre de cada año, debiéndose liquidar a favor del servidor público la prestación en forma definitiva por el año completo o la fracción laborada, salvo que la relación de trabajo termine en una fecha diferente.

Debe resaltarse además que el artículo en cita al establecer “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, excluyó de forma diáfana su aplicación a los docentes cobijados por dicha norma.

Más adelante, por medio del Decreto 1582 de 1998¹, el Gobierno Nacional reglamentó parcialmente el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 (liquidación de la cesantía anualizada), disponiendo en su artículo 1º, lo siguiente:

“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.

Parágrafo. - Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998”.

Quiere significar lo anterior que el régimen de cesantías anualizado creado por la Ley 50 de 1990, posteriormente aplicado a los empleados públicos en virtud de la Ley 344 de 1996, consiste en que cada año en fecha 31 de diciembre se efectúa una liquidación definitiva de las cesantías y el valor que esta operación arroje es consignado el año siguiente en **una cuenta individual del fondo de cesantías que el empleado elija**; cuya falta de consignación oportuna del monto liquidado como cesantía tiene como consecuencia jurídica a cargo del empleador el pago de una sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo (artículo 99 Ley 50 de 1990).

¹ “Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia”.

Frente al pago tardío de los intereses a las cesantías la Ley 50 de 1990, no consagró sanción alguna, razón por la cual, frente a este régimen se acude al artículo 1 de la Ley 52 de 1975, Por la cual se reconocen los intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares, el cual reza: *“Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente aquel en que se causaron, o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo periodo anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año”*, ello so pena de cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados conforme lo dispuesto en el numeral 3° *ibidem*.

Del régimen especial prestacional docente

El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, entidad vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyos recursos son operados por la Fiduciaria La Previsora S.A., canon que de forma clara, en su inciso final, estableció que el Fondo sería dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial **sin afectar el principio de unidad de caja**.

La norma mencionada dispuso además todo lo concerniente a las prestaciones sociales reconocidas a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional y entidades territoriales, estableciendo de paso en su artículo 1° el régimen aplicable al personal docente nacional, nacionalizado y territorial, consagrando en todo caso en su artículo 4° lo siguiente:

“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”.

Por su parte, el numeral 1° de su artículo 15 establece que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1°

de enero de 1990 se regirá de la siguiente manera: **i)** 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, **ii)** y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para los mismos efectos, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en esta ley.

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

“3. Cesantías:

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

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

Significa lo anterior que los docentes nacionalizados, quienes fueron nombrados por los municipios, departamentos y distritos mediante facultades propias y con cargo a sus propios recursos, siempre que no surja un nuevo nombramiento que varíe sus condiciones, continuarán rigiéndose por la normatividad de la entidad territorial, es decir que en lo que atañe a las cesantías se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial.

Frente a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se dispuso que se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, sometido al **régimen especial de cesantías consagrado en la Ley 91 de 1989, modificado parcialmente por la Ley 812 de 2003**, al

cual tienen derecho al momento de su vinculación al servicio docente, dado que su afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es obligatoria y opera de forma automática.

Tal y como se observa, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989, compendio que excluyó lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de transición normativa; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, nacionales y nacionalizados, estableció que su régimen aplicable sería el de los empleados públicos del orden nacional.

Es decir, solo los docentes territoriales y/o nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 podrían continuar con el régimen de cesantías vigente hasta antes de la Ley 91 de 1989, mientras que los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989 fueron cobijados por el nuevo régimen especial.

Posteriormente, el Ministerio de Educación Nacional a través del Decreto No. 3752 de 22 de diciembre de 2003, reglamentó, entre otros aspectos, el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estableciendo cómo deben hacerse los aportes y la transferencia de los recursos a este fondo; norma que en sus artículos 7 y 10 prevé:

“Artículo 7º 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 8º del presente decreto.”

Artículo 10º.- 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. (...)

Por su parte, la Ley 1955 de 2019 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022”, en el inciso 3 del artículo 57 frente a la eficiencia en la administración de

los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, luego de establecer cómo deben ser reconocidas, liquidadas y pagadas las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989, consagró:

“(…) 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.” (líneas fuera del texto original)

El artículo 324 de la Ley 2294 de 2023, Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 "Colombia Potencia Mundial de la Vida, vigente a partir del 19 de mayo de 2023, modificó el parágrafo transitorio del artículo 57 de la ley 1955 de 2019 que consagra lo referente a la financiación del pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, indicando que comprende también las causadas a diciembre de 2022, pero **no modificó la obligatoriedad de atender al principio de unidad de caja para el pago de prestaciones económicas.**

Conforme la normativa parcialmente transcrita, es claro entonces que en virtud de lo establecido en la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está conformado como una cuenta especial adscrita al Ministerio de Educación Nacional, que se sostiene y está constituida por los giros efectuados por la Nación y los aportes realizados por las entidades territoriales, en sus diferentes modalidades (artículo 8 de la Ley 91 de 1989), **la cual es administrada a través del principio presupuestal de unidad de caja.**

Es decir, que estos recursos son consignados en un fondo común en el que los recursos siempre están a disposición para atender el pago de las prestaciones de los docentes cuando éstos cumplan con los requisitos señalados en la ley para acceder a estas, dado que este sistema permite tener recursos de forma continua y permanente, cuyo trámite está regulado por el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual consiste en que la secretaría de educación territorial a la cual se encuentra adscrito cada docente debe realizar anualmente el reporte de liquidación de las cesantías y de los intereses a las cesantías, con plazo de reporte el 5 de febrero de cada año, por su parte, la Fiduprevisora como vocera del Fomag debe realizar el depósito de los intereses a las cesantías en el mes de marzo de cada año siguiente.

En conclusión, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **no se administra mediante cuentas individualizadas asignadas a cada empleado en un fondo privado e independiente**, como lo establece la Ley 50 de 1990.

En todo caso, al estar constituida como una **cuenta de carácter especial**, esto excluye de por sí el empleo de regímenes de cesantías aplicables a los particulares y otros servidores públicos, es más, se recalca que la Ley 344 de 1996 por el cual se regula el régimen de cesantías del sector público en su artículo 13 al establecer “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, excluyó de forma expresa su aplicación a los docentes cobijados por dicha norma.

Se tiene entonces, que los docentes tienen un régimen especial configurado en la Ley 91 de 1989, distinto al régimen anualizado de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990 previsto en principio para los trabajadores de derecho privado y luego aplicado a los empleados públicos bajo la extensión de la Ley 344 de 1996.

Si bien la corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 consideró 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*”, y que “(...) *aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 (...), no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción (...)*”, el Consejo de Estado como Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha considerado², al interpretar la sentencia previamente descrita, que:

- (i) el fondo administrador de las cesantías de los docentes es el FOMAG, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989, a diferencia de los fondos administradores de cesantías,
- (ii) respecto a la liquidación y manejo de cesantías, en la ley 50 de 1990 se previó la liquidación definitiva a 31 de diciembre y su consignación antes del 15 de febrero del año siguiente, diferente a la administración de los recursos que tiene a su cargo el FOMAG, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio, y

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01, sentencia del 24 de enero de 2019

- (iii) frente a los intereses de las cesantías que establece el numeral 2° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, los afiliados al FOMAG reciben un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera, lo cual resulta más beneficioso para el docente afiliado al FOMAG.

Expuso el Consejo de Estado³ lo siguiente:

“Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989, como « una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por el Gobierno Nacional en orden a:

«a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional; b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.>>

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

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

³ *Ibidem*.

En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Con fundamento en las anteriores premisas, concluyó el Consejo de Estado que:

“Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia” (Énfasis del Despacho).

Se hace necesario precisar que si bien en la jurisprudencia previamente citada proferida por el Consejo de Estado se accedió a la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, el supuesto fáctico obedeció a que la docente no se había afiliado al FOMAG por el periodo comprendido entre 2003 a 2007, dado que su afiliación por parte del municipio de Santiago de Cali se realizó en esta última fecha. Así, ante el incumplimiento de la obligación de afiliación de la docente, se accedió al pago de la sanción moratoria por el periodo comprendido con anterioridad a su afiliación, situación que dista de lo expuesto por la parte actora en el presente medio de control.

De otro lado, no se desconoce que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y alguna jurisprudencia del Consejo de Estado han sentado que el personal docente, en virtud del principio de favorabilidad, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías contenida en la Ley 1071 de 2006, no obstante, en criterio de este Despacho, tal precedente no puede extenderse a las sanciones contempladas en la Ley 50 de 1990 y a la indemnización de la Ley 52 de 1975, al tratarse de regímenes de cesantías disimiles a las otorgadas por la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tal y como se explicó en antelación, motivo por el cual se considera que los criterios establecidos en las sentencias de las

Altas Cortes y anotados por la parte demandante en el escrito de demanda para sustentar sus pretensiones, no pueden aplicarse al caso objeto de examen.

En línea con lo anterior, el Tribunal Administrativo de Caldas⁴ ha considerado que:

“(…) [E]s claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**. (resaltado del texto original).

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en la Ley 50 de 1990 artículo 99, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

Es más la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006 y el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación CE-SUJ2 No. 001 de 2016, determinaron de forma diáfana que, en el régimen especial de cesantías docentes frente a otros regímenes de cesantías, no se da vulneración del derecho a la igualdad, dado que, en la aplicación del test de igualdad, no es posible verificar el primer elemento del juicio integrado de igualdad, concerniente a la existencia de un *patrón de igualdad o tertium comparationis*.

3.5. Análisis del caso concreto

Teniendo en cuenta el material probatorio obrante en el plenario, el cual fue incorporado siguiendo las formalidades establecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes, se observa que el señor **ECCEHOMO DELGADO CASTAÑO** conforme certificación de extracto de intereses a las cesantías expedida por La Fiduprevisora S.A.⁵ es docente vinculado al departamento de Caldas, afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya fuente de cursos proviene del Sistema de General de Participación

⁴ Sentencia del 31 de marzo de 2023, radicado 17001333300420220016402, M. P. Dohor Edwin Varón Vivas

⁵ Archivo “02EscritoDemandaAnexos” del expediente electrónico, p. 73 a 74.

En razón a esto, se encuentra cobijado por el régimen especial de cesantías contenido en la Ley 91 de 1989, regulado por el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que excluye que la parte demandante pueda reclamar el reconocimiento y pago de la sanción por consignación extemporánea de las cesantías consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 desde el 15 de febrero de 2021, y la indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, al tratarse de régimen diferente, aplicable a los empleados públicos afiliados a fondos de cesantías privados o al Fondo Nacional del Ahorro, conforme a la Ley 344 de 1996 y sus decretos reglamentarios.

Lo anterior, sumado a que, como se anotó en líneas anteriores, los procedimientos y reconocimientos de cada régimen resultan sustancialmente diferentes, por lo que no es plausible, equiparar uno con el otro, como quiera que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es administrado a través del principio presupuestal de unidad de caja, la cual está conformada por los aportes efectuados por la Nación y las entidades territoriales, en diferentes oportunidades, para que el Fondo permanentemente cuente con recursos para realizar el pago de las prestaciones sociales de los docentes, entre ellas, las cesantías e intereses a las cesantías.

Mientras que el régimen regulado por la Ley 50 de 1990, se administra mediante cuentas individualizadas asignadas a cada empleado en un fondo privado e independiente o al Fondo Nacional de Ahorro, a elección del empleado.

3.6. Conclusión

Con base en las consideraciones expuestas se negarán las pretensiones de la demanda y se declararán fundadas las excepciones de *“Inexistencia de la obligación”* formulada por la Nación -Ministerio de Educación -Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio e *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* propuesta por el departamento de Caldas, sin que sea necesario efectuar pronunciamiento alguno frente a los demás medios exceptivos, ante la prosperidad de estos.

3.7. Costas

No se condena en costas en virtud de lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, inciso adicionado por la ley 2080 de 2021, al observarse que la demanda no se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, como tampoco se observa que estas se encuentren causadas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR FUNDADAS las excepciones *“inexistencia de la obligación”* formulada por la **NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** e *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* propuesta por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, por aludido en precedencia, lo que releva al juzgado de efectuar el estudio de los demás medios exceptivos ante la prosperidad de los primeros.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instauró el señor **ECCEHOMO DELGADO CASTAÑO** en contra de **LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente expuesto.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

QUINTO: La presente sentencia queda notificada en estados de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

CCMP/Sust.

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 26/06/2023



MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA

Secretaria

Micrositio Web PUBLICACIÓN ESTADOS ELECTRÓNICOS:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-administrativo-de-descongestion-de-manizales/474>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE MANIZALES**

Manizales, veintitrés (23) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia N°:	118-2023
Radicación:	17001-33-39-007-2022-00064-00
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	DIANA MARIA GIL CALDERÓN
Demandado:	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DE CALDAS
Instancia:	PRIMERA

1. ASUNTO

En los términos del inciso final del numeral 1° artículo 182A de la Ley 1437, procede el Despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia. Para el efecto se tendrá en cuenta lo precisado en el Auto No. 1108 de 29 de mayo de 2023 que se pronunció sobre las pruebas de las partes y fijó el litigio.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones

Solicita la parte demandante, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, que se realicen las siguientes declaraciones:

“1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como NOM. 517 DEL 22 SEPTIEMBRE DE 2021, EXPEDIDO POR CARMENZA QUINTERO TORRES PROFESIONAL UNIVERSITARIO NÓMINA donde niegan el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de

retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FOMAG Y LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, de manera solidaria, le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la indemnización, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

Condenas

1. Condenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG Y LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

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

3. Condenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG Y A LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las

cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

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

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

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

2.2. Fundamentos fácticos de la demanda

Indica que la demandante por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021 y sus cesantías sea canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021.

Que ni la entidad territorial ni el Ministerio de Educación Nacional han procedido de manera efectiva a consignar los intereses de las cesantías ni las cesantías que corresponden a la labor docente de la demandante como servidora pública del año 2020 ante la FIDUCIARIA LA PREVISORA o el FOMAG, por lo que deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas desde el 01 de enero de 2021 para el caso de los intereses de las cesantías y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías que debían haber sido consignadas.

Que con fecha 10 de septiembre de 2021, se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad

nominadora y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante el acto administrativo demandado las pretensiones invocadas.

2.3. Normas Violadas y Concepto de Transgresión

En el escrito de demanda como normas violadas, se alegaron las siguientes:

Artículos 13 y 53 de la Constitución Política de Colombia.

Artículos 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.

Artículo 1° de la Ley 52 de 1975.

Artículo 13 de la Ley 344 de 1996.

Artículo 5° de la Ley 432 de 1998.

Artículo 3° del Decreto Nacional 1176 de 1991.

Artículos 1 y 2 del Decreto Nacional 1582 de 1998.

Frente al concepto de violación refirió la parte demandante, en síntesis, que seguir sosteniendo por parte del Ministerio de Hacienda que apropia unos recursos para sufragar el costo de los anticipos de cesantías en el mes de julio de cada año para los docentes que vayan solicitando cesantías que lo requieran, no despoja de la obligación a las entidades territoriales y a la Nación -Ministerio de Educación Nacional de consignar las cesantías a todos los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990 en la respectiva cuenta individual del docente, el 15 de febrero de cada anualidad, así el docente no las solicite.

Afirma que es un hecho notorio para la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que desde el año 2010 hasta la fecha a los docentes que han solicitado cesantías parciales se les ha demorado su pago, venciendo los términos de la ley 1071 del año 2006, evidenciando que sus cesantías cuando iban a ser solicitadas no se encontraban consignadas en el Fomag.

Agrega que cuando se expidió la ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la ley 91 del 29 de diciembre de 1989, la finalidad fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Honorable Corte Constitucional C- 486 DE 2016, SU 098 DE 2018, SU 332 DE 2019, y la SU 041 DE 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactividad a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar 15 de febrero de cada anualidad, so pena de la cancelación de la sanción por mora que ahora solicita.

Al tratarse de unas cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero y ser consignadas en el Fomag antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de servidores públicos.

Para sustentar su posición cita apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado de 6 de agosto de 2020 Exp. 0833-16, 24 de enero de 2019 Exp. 4854-2014, 21 de febrero de 2019 Rad. 54001-2333-000-2016-00236-01, 10 de julio de 2020 Rad. 08001-2333-000- 2014-00208-01, 12 de noviembre de 2020 Rad. 08001-2333-000-2014-00132-01, 17 de junio de 2021 Exp. 4979-2017, y 17 de junio de 2021 Rad. 08001-2333-000- 2015-00331-01.

Refiere que la Corte Constitucional en Sentencias SU-98 de 2018 y SU-332 de 2019 consideró 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.

Alega que la entidad territorial tiene el deber de consignar las cesantías al Fomag y es responsable de manera conjunta con la Nación en virtud de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, pues en su criterio se generó una descentralización a la función que, previamente conforme lo consagrado en la Ley 91 de 1989 era únicamente desconcentrada en la Nación.

Considera además que la sanción por mora en las cesantías contenida en la ley 50 de 1990 cubre a todos los empleados públicos del orden nacional, en consonancia con el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, que expresa que dicha disposición se aplica sin importar lo que haya determinado la Ley 91 de 1989 en ese sentido, determinando el derecho que le asiste al docente reclamante en solicitar el pago de la sanción por inoportuna consignación anual (con posterioridad al 15 de febrero de cada año), por no pago de intereses antes del 30 de enero de cada año y por demora en reconocimiento y pago conforme la Ley 1071 de 2006.

2.4. Contestaciones

Nación -Ministerio de Educación -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

Afirma que las cesantías de la demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del Fomag.

Las normas en cita no contemplan la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica y física de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende la demandante, pues el Fomag se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración, lo cual se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”, pues en lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

Así las cosas, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, para el escenario del Fomag, ya que lo que castiga la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes afiliados al Fomag, de contera se descarta algún tipo de sanción.

Propuso como única excepción la que denominó *“Inexistencia de la obligación”*

Departamento de Caldas:

Refiere que conforme el artículo 3° y el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es exclusiva del Fomag.

Aunado a que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional, establecido en la Ley 91 de 1989, en donde no está consagrada la indemnización moratoria, por lo que mal haría el despacho en reconocer una sanción inexistente en un régimen exceptuado, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de que trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el Fomag al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Formuló como medios exceptivos: *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* y *“Buena Fe”*.

2.5. Trámite procesal

Mediante auto del 03 de agosto de 2022 se admitió la demanda. Con providencia del 15 de mayo de 2023 se resolvieron las excepciones previas propuestas. A través de proveído del 29 de mayo de 2023 el despacho consideró procedente emitir sentencia anticipada, en consecuencia, se pronunció sobre las pruebas, y ordenó correr traslado para alegar de conclusión.

2.6. Alegatos de Conclusión

Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: Se pronunció con memorial del 08 de junio de 2023 indicando que es necesario que el Despacho se remita al párrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018 2020, toda vez que en el caso concreto el pago de la sanción moratoria le corresponde a la entidad territorial toda vez que será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Solicitó dar prosperidad a la excepción de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* a favor del FOMAG, toda vez que no es la entidad llamada a responder por la sanción moratoria causada en el año 2020 y siguientes, habida cuenta que la moratoria inició el 22 de diciembre de 2020, y por consiguiente, la misma ha de ser reconocida y pagada con recursos propios de la entidad que generó la mora por la tardanza del trámite a su cargo y no con recursos del FOMAG por expresa prohibición legal del inciso 4 del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

Lo anterior, en tanto se evidencia en el certificado de pago expedido por Fiduprevisora S.A. que los dineros fueron puestos a disposición de la cesantía el 30 de enero de 2020.

La **parte demandante**, el **departamento de Caldas** y el **Ministerio Público** guardaron silencio en esta etapa del proceso.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Excepciones

Frente a la excepción de *“Inexistencia de la obligación”* formulada por la Nación -Ministerio de Educación –Fomag y las denominadas como *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* y *“buena fe”* elevadas por el departamento de Caldas, teniendo en cuenta la forma como fueron formuladas, las mismas tienen una relación directa con el fondo del asunto, motivo por el cual su decisión estará subsumida dentro del análisis general del conflicto planteado.

3.2. Problema y Análisis Jurídico

De conformidad con lo expuesto en Auto 1108 del 29 de mayo de 2023 que se pronunció sobre las pruebas y fijó el litigio, el problema jurídico a resolver se concreta en los siguientes interrogantes:

- i. **¿Debe declararse la nulidad del acto administrativo Nom 517 del 22 de septiembre de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías contemplados en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?**

Si la respuesta al anterior problema jurídico es positiva, el despacho se formula el siguiente problema jurídico subsiguiente:

- i. **¿Tiene derecho DIANA MARIA GIL CALDERÓN como docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la presunta consignación tardía de sus cesantías del año 2020, y de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, que fueron cancelados después del 31 de enero de 2021?**
- ii. **¿Le asiste responsabilidad a la entidad territorial de concurrir al pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías y el pago tardío de los intereses de cesantías?**

3.3. Tesis del Despacho

Con fundamento en los parámetros jurídicos y jurisprudenciales que se pasaran a esbozar, encuentra el juzgado que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, dado que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se rige por la Ley 91 de 1989 y normas concordantes, por ende, no son beneficiarios de la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, ni de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecido en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

3.4. Premisas Normativas y Jurisprudenciales

Del régimen de cesantías anualizadas del sector privado y público.

Este régimen de cesantías hace alusión a que, anualmente, el empleador paga al trabajador las cesantías devengadas a través de la consignación en la administradora de cesantías -a elección del trabajador- antes del 15 de febrero de cada año y, así mismo cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente antes del 31 de enero de cada año.

En el sector privado este régimen se instituyó mediante la Ley 50 de 1990 *“Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”*, mientras que en el sector público se regula a través de la Ley 344 de 1996.

En necesario precisar que el Congreso de la República al expedir la Ley 344 de 1996 desmontó el sistema de retroactividad de las cesantías con el objeto de racionalizar el gasto público, y en su artículo 13 creó y estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, en los siguientes términos:

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

- a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;
- b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.

Parágrafo. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

La referida ley fue publicada en el Diario Oficial No. 42.951 del 31 de diciembre de 1996, por lo que las personas que se vincularon a partir de esa fecha a los órganos y entidades estatales (servidores públicos del nivel nacional, departamental, distrital o municipal), se gobiernan por el régimen anualizado de cesantías.

Por lo anterior, el régimen de liquidación anual de cesantías prácticamente se universalizó a partir del 31 de diciembre 1996, con corte a 31 de diciembre de cada año, debiéndose liquidar a favor del servidor público la prestación en forma definitiva por el año completo o la fracción laborada, salvo que la relación de trabajo termine en una fecha diferente.

Debe resaltarse además que el artículo en cita al establecer “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, excluyó de forma diáfana su aplicación a los docentes cobijados por dicha norma.

Más adelante, por medio del Decreto 1582 de 1998¹, el Gobierno Nacional reglamentó parcialmente el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 (liquidación de la cesantía anualizada), disponiendo en su artículo 1°, lo siguiente:

“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.

Parágrafo. - Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998”.

Quiere significar lo anterior que el régimen de cesantías anualizado creado por la Ley 50 de 1990, posteriormente aplicado a los empleados públicos en virtud de la Ley 344 de 1996, consiste en que cada año en fecha 31 de diciembre se efectúa una liquidación definitiva de las cesantías y el valor que esta operación arroje es consignado el año siguiente en **una cuenta individual del fondo de cesantías que el empleado elija**; cuya falta de consignación oportuna del monto liquidado como cesantía tiene como consecuencia jurídica a cargo del empleador el pago de una sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo (artículo 99 Ley 50 de 1990).

Frente al pago tardío de los intereses a las cesantías la Ley 50 de 1990, no consagró sanción alguna, razón por la cual, frente a este régimen se acude al artículo 1 de la Ley 52 de 1975, Por la cual se reconocen los intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares, el cual reza: *“Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente aquel en que se causaron, o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo periodo anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año”*, ello so pena de cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados conforme lo dispuesto en el numeral 3° *ibidem*.

Del régimen especial prestacional docente

¹ “Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia”.

El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, entidad vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyos recursos son operados por la Fiduciaria La Previsora S.A., canon que de forma clara, en su inciso final, estableció que el Fondo sería dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial **sin afectar el principio de unidad de caja**.

La norma mencionada dispuso además todo lo concerniente a las prestaciones sociales reconocidas a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional y entidades territoriales, estableciendo de paso en su artículo 1° el régimen aplicable al personal docente nacional, nacionalizado y territorial, consagrando en todo caso en su artículo 4° lo siguiente:

“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”.

Por su parte, el numeral 1° de su artículo 15 establece que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 se regirá de la siguiente manera: **i)** 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, **ii)** y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para los mismos efectos, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en esta ley.

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

“3. Cesantías:

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

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

Significa lo anterior que los docentes nacionalizados, quienes fueron nombrados por los municipios, departamentos y distritos mediante facultades propias y con cargo a sus propios recursos, siempre que no surja un nuevo nombramiento que varíe sus condiciones, continuarán rigiéndose por la normatividad de la entidad territorial, es decir que en lo que atañe a las cesantías se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial.

Frente a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se dispuso que se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, sometido al **régimen especial de cesantías consagrado en la Ley 91 de 1989, modificado parcialmente por la Ley 812 de 2003**, al cual tienen derecho al momento de su vinculación al servicio docente, dado que su afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es obligatoria y opera de forma automática.

Tal y como se observa, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989, compendio que excluyó lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de transición normativa; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, nacionales y nacionalizados, estableció que su régimen aplicable sería el de los empleados públicos del orden nacional.

Es decir, solo los docentes territoriales y/o nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 podrían continuar con el régimen de cesantías vigente hasta antes de la Ley 91 de 1989, mientras que los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989 fueron cobijados por el nuevo régimen especial.

Posteriormente, el Ministerio de Educación Nacional a través del Decreto No. 3752 de 22 de diciembre de 2003, reglamentó, entre otros aspectos, el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estableciendo cómo deben hacerse los aportes y la transferencia de los recursos a este fondo; norma que en sus artículos 7 y 10 prevé:

“Artículo 7º 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 8º del presente decreto.”

Artículo 10º.- 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. (...)

Por su parte, la Ley 1955 de 2019 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022”, en el inciso 3 del artículo 57 frente a la eficiencia en la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, luego de establecer cómo deben ser reconocidas, liquidadas y pagadas las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989, consagró:

“(…) 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.” (líneas fuera del texto original)

El artículo 324 de la Ley 2294 de 2023, Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 "Colombia Potencia Mundial de la Vida, vigente a partir del 19 de mayo de 2023, modificó el parágrafo transitorio del artículo 57 de la ley 1955 de 2019 que consagra lo referente a la financiación del pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, indicando que comprende también las causadas a diciembre de 2022, pero **no modificó la obligatoriedad de atender al principio de unidad de caja para el pago de prestaciones económicas.**

Conforme la normativa parcialmente transcrita, es claro entonces que en virtud de lo establecido en la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está conformado como una cuenta especial adscrita al Ministerio de Educación Nacional, que se sostiene y está constituida por los giros efectuados por la Nación y los aportes realizados por las entidades territoriales, en sus diferentes modalidades (artículo 8 de la Ley 91 de 1989), **la cual es administrada a través del principio presupuestal de unidad de caja.**

Es decir, que estos recursos son consignados en un fondo común en el que los recursos siempre están a disposición para atender el pago de las prestaciones de los docentes cuando éstos cumplan con los requisitos señalados en la ley para acceder a estas, dado que este sistema permite tener recursos de forma continua y permanente, cuyo trámite está regulado por el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual consiste en que la secretaría de educación territorial a la cual se encuentra adscrito cada docente debe realizar anualmente el reporte de liquidación de las cesantías y de los intereses a las cesantías, con plazo de reporte el 5 de febrero de cada año, por su parte, la Fiduprevisora como vocera del Fomag debe realizar el depósito de los intereses a las cesantías en el mes de marzo de cada año siguiente.

En conclusión, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **no se administra mediante cuentas individualizadas asignadas a cada empleado en un fondo privado e independiente**, como lo establece la Ley 50 de 1990.

En todo caso, al estar constituida como una **cuenta de carácter especial**, esto excluye de por sí el empleo de regímenes de cesantías aplicables a los particulares y otros servidores públicos, es más, se recalca que la Ley 344 de 1996 por el cual se regula el régimen de cesantías del sector público en su artículo 13 al establecer “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, excluyó de forma expresa su aplicación a los docentes cobijados por dicha norma.

Se tiene entonces, que los docentes tienen un régimen especial configurado en la Ley 91 de 1989, distinto al régimen anualizado de cesantías contemplado en la Ley 50 de

1990 previsto en principio para los trabajadores de derecho privado y luego aplicado a los empleados públicos bajo la extensión de la Ley 344 de 1996.

Si bien la corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 consideró 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”, y que “(...) aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 (...), no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción (...), el Consejo de Estado como Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha considerado², al interpretar la sentencia previamente descrita, que:

- (i) el fondo administrador de las cesantías de los docentes es el FOMAG, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989, a diferencia de los fondos administradores de cesantías,
- (ii) respecto a la liquidación y manejo de cesantías, en la ley 50 de 1990 se previó la liquidación definitiva a 31 de diciembre y su consignación antes del 15 de febrero del año siguiente, diferente a la administración de los recursos que tiene a su cargo el FOMAG, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio, y
- (iii) frente a los intereses de las cesantías que establece el numeral 2° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, los afiliados al FOMAG reciben un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera, lo cual resulta más beneficioso para el docente afiliado al FOMAG.

Expuso el Consejo de Estado³ lo siguiente:

“Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01, sentencia del 24 de enero de 2019

³ *Ibidem*.

Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, como « una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por el Gobierno Nacional en orden a:

«a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional; b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.>>

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

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

En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Con fundamento en las anteriores premisas, concluyó el Consejo de Estado que:

“Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia” (Énfasis del Despacho).

Se hace necesario precisar que si bien en la jurisprudencia previamente citada proferida por el Consejo de Estado se accedió a la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, el supuesto fáctico obedeció a que la docente no se había afiliado al FOMAG por el periodo comprendido entre 2003 a 2007, dado que su afiliación por parte del municipio de Santiago de Cali se realizó en esta última fecha. Así, ante el incumplimiento de la obligación de afiliación de la docente, se accedió al pago de la sanción moratoria por el periodo comprendido con anterioridad a su afiliación, situación que dista de lo expuesto por la parte actora en el presente medio de control.

De otro lado, no se desconoce que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y alguna jurisprudencia del Consejo de Estado han sentado que el personal docente, en virtud del principio de favorabilidad, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías contenida en la Ley 1071 de 2006, no obstante, en criterio de este Despacho, tal precedente no puede extenderse a las sanciones contempladas en la Ley 50 de 1990 y a la indemnización de la Ley 52 de 1975, al tratarse de regímenes de cesantías disimiles a las otorgadas por la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tal y como se explicó en antelación, motivo por el cual se considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes y anotados por la parte demandante en el escrito de demanda para sustentar sus pretensiones, no pueden aplicarse al caso objeto de examen.

En línea con lo anterior, el Tribunal Administrativo de Caldas⁴ ha considerado que:

“(…) [E]s claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías. (resaltado del texto original).

⁴ Sentencia del 31 de marzo de 2023, radicado 17001333300420220016402, M. P. Dohor Edwin Varón Vivas

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en la Ley 50 de 1990 artículo 99, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

Es más la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006 y el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación CE-SUJ2 No. 001 de 2016, determinaron de forma diáfana que, en el régimen especial de cesantías docentes frente a otros regímenes de cesantías, no se da vulneración del derecho a la igualdad, dado que, en la aplicación del test de igualdad, no es posible verificar el primer elemento del juicio integrado de igualdad, concerniente a la existencia de un *patrón de igualdad o tertium comparationis*.

3.5. Análisis del caso concreto

Teniendo en cuenta el material probatorio obrante en el plenario, el cual fue incorporado siguiendo las formalidades establecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes, se observa que la señora **DIANA MARIA GIL CALDERÓN** conforme certificación de extracto de intereses a las cesantías expedida por La Fiduprevisora S.A.⁵ es docente vinculada al departamento de Caldas, afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya fuente de cursos proviene del Sistema de General de Participación

En razón a esto, se encuentra la parte demandante cobijada por el régimen especial de cesantías contenido en la Ley 91 de 1989, regulado por el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que excluye que la parte demandante pueda reclamar el reconocimiento y pago de la sanción por consignación extemporánea de las cesantías consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 desde el 15 de febrero de 2021, y la indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, al tratarse de un régimen diferente, aplicable a los empleados públicos afiliados a fondos de cesantías privados o al Fondo Nacional del Ahorro, conforme a la Ley 344 de 1996 y sus decretos reglamentarios.

⁵ Archivo "02EscritoDemandaAnexos" del expediente electrónico, p. 78 a 79.

Lo anterior, sumado a que, como se anotó en líneas anteriores, los procedimientos y reconocimientos de cada régimen resultan sustancialmente diferentes, por lo que no es plausible, equiparar uno con el otro, como quiera que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es administrado a través del principio presupuestal de unidad de caja, la cual está conformada por los aportes efectuados por la Nación y las entidades territoriales, en diferentes oportunidades, para que el Fondo permanentemente cuente con recursos para realizar el pago de las prestaciones sociales de los docentes, entre ellas, las cesantías e intereses a las cesantías.

En tanto que el régimen regulado por la Ley 50 de 1990, se administra mediante cuentas individualizadas asignadas a cada empleado en un fondo privado e independiente o al Fondo Nacional de Ahorro, a elección del empleado.

3.6. Conclusión

Con base en las consideraciones expuestas se negarán las pretensiones de la demanda y se declararán fundadas las excepciones de *“Inexistencia de la obligación”* formulada por la Nación -Ministerio de Educación -Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio e *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* propuesta por el departamento de Caldas, sin que sea necesario efectuar pronunciamiento alguno frente a los demás medios exceptivos, ante la prosperidad de estos.

3.7. Costas

No se condena en costas en virtud de lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, inciso adicionado por la ley 2080 de 2021, al observarse que la demanda no se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, como tampoco se observa que estas se encuentren causadas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR FUNDADAS las excepciones *“inexistencia de la obligación”* formulada por la **NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** e *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* propuesta por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, por aludido en precedencia, lo que releva al juzgado de efectuar el estudio de los demás medios exceptivos ante la prosperidad de los primeros.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instauró la señora **DIANA MARIA GIL CALDERÓN** en contra de **LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

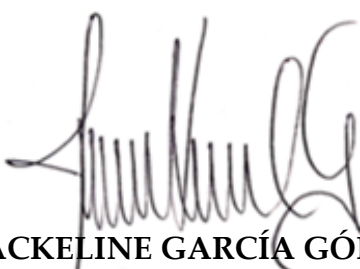
TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente expuesto.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

QUINTO: La presente sentencia queda notificada en estados de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

CCMP/Sust.

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 26/06/2023



MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

Micrositio Web PUBLICACIÓN ESTADOS ELECTRÓNICOS:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-administrativo-de-descongestion-de-manizales/474>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE MANIZALES**

Manizales, veintitrés (23) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia N°:	119-2023
Radicación:	17001-33-39-007-2022-00081-00
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	LILIANA PÉREZ CARDONA
Demandado:	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DE CALDAS
Instancia:	PRIMERA

1. ASUNTO

En los términos del inciso final del numeral 1° artículo 182A de la Ley 1437, procede el Despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia. Para el efecto se tendrá en cuenta lo precisado en el Auto No. 1051 del 19 de mayo de 2023 que se pronunció sobre las pruebas de las partes y fijó el litigio.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones

Solicita la parte demandante, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, que se realicen las siguientes declaraciones:

“1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como NOM. 274 DEL 08 DE SEPTIEMBRE DE 2021, EXPEDIDO POR CARMENZA QUINTERO TORRES PROFESIONAL UNIVERSITARIO NÓMINA donde niegan el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de

retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FOMAG Y LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, de manera solidaria, le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la indemnización, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

Condenas

1. Condenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG Y LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

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

3. Condenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG Y A LA ENTIDAD TERRITORIAL DE SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las

cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

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

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

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

2.2. Fundamentos fácticos de la demanda

Se indica que la demandante por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021 y sus cesantías sea canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021.

Que ni la entidad territorial ni el Ministerio de Educación Nacional han procedido de manera efectiva a consignar los intereses de las cesantías ni las cesantías que corresponden a la labor docente de la demandante como servidora pública del año 2020 ante la FIDUCIARIA LA PREVISORA o el FOMAG, por lo que deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas desde el 01 de enero de 2021 para el caso de los intereses de las cesantías y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías que debían haber sido consignadas.

Con fecha 01 de septiembre de 2021, se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora

y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante el acto administrativo demandado las pretensiones invocadas.

2.3. Normas Violadas y Concepto de Transgresión

En el escrito de demanda como normas violadas, se anunciaron las siguientes:

Artículos 13 y 53 de la Constitución Política de Colombia.

Artículos 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.

Artículo 1° de la Ley 52 de 1975.

Artículo 13 de la Ley 344 de 1996.

Artículo 5° de la Ley 432 de 1998.

Artículo 3° del Decreto Nacional 1176 de 1991.

Artículos 1 y 2 del Decreto Nacional 1582 de 1998.

Frente al concepto de violación refirió la parte demandante, en síntesis, que seguir sosteniendo por parte del Ministerio de Hacienda que apropia unos recursos para sufragar el costo de los anticipos de cesantías en el mes de julio de cada año para los docentes que vayan solicitando cesantías que lo requieran, no despoja de la obligación a las entidades territoriales y a la Nación -Ministerio de Educación Nacional de consignar las cesantías a todos los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990 en la respectiva cuenta individual del docente, el 15 de febrero de cada anualidad, así el docente no las solicite.

Afirma que es un hecho notorio para la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que desde el año 2010 hasta la fecha a los docentes que han solicitado cesantías parciales se les ha demorado su pago, venciendo los términos de la ley 1071 del año 2006, evidenciando que sus cesantías cuando iban a ser solicitadas no se encontraban consignadas en el Fomag.

Agrega que cuando se expidió la ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la ley 91 del 29 de diciembre de 1989, la finalidad fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Honorable Corte Constitucional C- 486 DE 2016, SU 098 DE 2018, SU 332 DE 2019, y la SU 041 DE 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactividad a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar 15 de febrero de cada anualidad, so pena de la cancelación de la sanción por mora que ahora solicita.

Al tratarse de unas cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero y ser consignadas en el Fomag antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de servidores públicos.

Para sustentar su posición cita apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado de 6 de agosto de 2020 Exp. 0833-16, 24 de enero de 2019 Exp. 4854-2014, 21 de febrero de 2019 Rad. 54001-2333-000-2016-00236-01, 10 de julio de 2020 Rad. 08001-2333-000- 2014-00208-01, 12 de noviembre de 2020 Rad. 08001-2333-000-2014-00132-01, 17 de junio de 2021 Exp. 4979-2017, y 17 de junio de 2021 Rad. 08001-2333-000- 2015-00331-01.

Refiere que la Corte Constitucional en Sentencias SU-98 de 2018 y SU-332 de 2019 consideró 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.

Alega que la entidad territorial tiene el deber de consignar las cesantías al Fomag y es responsable de manera conjunta con la Nación en virtud de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, pues en su criterio se generó una descentralización a la función que, previamente conforme lo consagrado en la Ley 91 de 1989 era únicamente desconcentrada en la Nación.

Considera además que la sanción por mora en las cesantías contenida en la ley 50 de 1990 cubre a todos los empleados públicos del orden nacional, en consonancia con el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, que expresa que dicha disposición se aplica sin importar lo que haya determinado la Ley 91 de 1989 en ese sentido, determinando el derecho que le asiste al docente reclamante en solicitar el pago de la sanción por inoportuna consignación anual (con posterioridad al 15 de febrero de cada año), por no pago de intereses antes del 30 de enero de cada año y por demora en reconocimiento y pago conforme la Ley 1071 de 2006.

2.4. Contestaciones

Nación -Ministerio de Educación -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

No contestó la demanda

Departamento de Caldas:

Refiere que conforme el artículo 3° y el párrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es exclusiva del Fomag.

Aunado a que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional, establecido en la Ley 91 de 1989, en donde no está consagrada la indemnización moratoria, por lo que mal haría el despacho en reconocer una sanción inexistente en un régimen exceptuado, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de que trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el Fomag al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Formuló como medios exceptivos: *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley” y “Buena Fe”*.

2.5. Trámite procesal

Mediante auto del 11 de agosto de 2022 se admitió la demanda. A través de proveído del 19 de mayo de 2023 el despacho consideró procedente emitir sentencia anticipada, en consecuencia, se pronunció sobre las pruebas, fijó el litigio y se corrió traslado para alegar de conclusión.

2.6. Alegatos de Conclusión

Parte Demandante: Con escrito allegado el 01 de junio del año en curso aduce en suma que se encuentra probado que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías al Fomag dentro del término establecido, así mismo, el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Afirma que, en consonancia con el principio de favorabilidad, es procedente aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el Fomag, en razón a ello no se les garantiza a los trabajadores de la educación, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos.

Dado que la liquidación anualizada de las cesantías comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual con la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, sin embargo, esta actuación solo vino a ser regulada por la Ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año se debe consignar los valores

correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior.

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

Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: Se pronunció mediante escrito del 01 de junio del presente año indicando que luego de realizar un análisis de los diferentes regímenes de cesantías, adujo que a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del Fomag tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados, dada la naturaleza y estructura de este fondo que se gobierna por el principio de unidad de caja, el cual permite que con el recaudo de todos los rubros se conforme una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones económicas de los docentes (incluidas las cesantías y los intereses de las cesantías) y los servicios de salud.

De lo que se concluye en primer término, que en el Fomag no hay cuentas individuales para los docentes, y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan, sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Por ello, no es viable aplicar al caso concreto el contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues en el Fomag no se administran las cesantías a través de la creación de cuentas individuales a cada docente.

Para concluir, argumenta que en virtud de la “aplicación de la técnica de distinción” el Operador Judicial debe efectuar una valoración respecto de la identidad fáctico-jurídica contenida en la jurisprudencia alegada en la demanda, lo que permitirá evidenciar que los presupuestos de hecho y derecho que le imputa el demandante distan diametralmente, de los acaecidos en las sentencias relacionadas, por lo que no pueden constituir presente en el asunto objeto de estudio.

Solicita, por tanto, se denieguen las pretensiones de la demanda

El **Ministerio Público y el departamento de Caldas** guardaron silencio en esta etapa del proceso.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Excepciones

Frente a las excepciones de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* y *“buena fe”* elevadas por el departamento de Caldas, teniendo en cuenta la forma como fueron formuladas, las mismas tienen una relación directa con el fondo del asunto, motivo por el cual su decisión estará subsumida dentro del análisis general del conflicto planteado.

3.2. Problema y Análisis Jurídico

De conformidad con lo expuesto en Auto 835 del 24 de abril de 2023 que se pronunció sobre las pruebas y fijó el litigio, el problema jurídico a resolver se concreta en los siguientes interrogantes:

- i. **¿Debe declararse la nulidad del acto administrativo Nom 274 del 08 de septiembre de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías contemplados en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991?**

Si la respuesta al anterior problema jurídico es positiva, el despacho se formula el siguiente problema jurídico subsiguiente:

- i. **¿Tiene derecho la señora LILIANA PEREZ CARDONA como docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la presunta consignación tardía de sus cesantías del año 2020, y de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, que fueron cancelados después del 31 de enero de 2021?**
- ii. **¿Le asiste responsabilidad a la entidad territorial de concurrir al pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías y el pago tardío de los intereses de cesantías?**

3.3. Tesis del Despacho

Con fundamento en los parámetros jurídicos y jurisprudenciales que se pasaran a esbozar, encuentra el juzgado que las pretensiones de la demanda no están llamadas a

prosperar, dado que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se rige por la Ley 91 de 1989 y normas concordantes, por ende, no son beneficiarios de la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, ni de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecido en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

3.4. Premisas Normativas y Jurisprudenciales

Del régimen de cesantías anualizadas del sector privado y público.

Este régimen de cesantías hace alusión a que, anualmente, el empleador paga al trabajador las cesantías devengadas a través de la consignación en la administradora de cesantías -a elección del trabajador- antes del 15 de febrero de cada año y, así mismo cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente antes del 31 de enero de cada año.

En el sector privado este régimen se instituyó mediante la Ley 50 de 1990 *“Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”*, mientras que en el sector público se regula a través de la Ley 344 de 1996.

Es necesario precisar que el Congreso de la República al expedir la Ley 344 de 1996 desmontó el sistema de retroactividad de las cesantías con el objeto de racionalizar el gasto público, y en su artículo 13 creó y estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, en los siguientes términos:

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

- a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;
- b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.

Parágrafo. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

La referida ley fue publicada en el Diario Oficial No. 42.951 del 31 de diciembre de 1996, por lo que las personas que se vincularon a partir de esa fecha a los órganos y

entidades estatales (servidores públicos del nivel nacional, departamental, distrital o municipal), se gobiernan por el régimen anualizado de cesantías.

Por lo anterior, el régimen de liquidación anual de cesantías prácticamente se universalizó a partir del 31 de diciembre 1996, con corte a 31 de diciembre de cada año, debiéndose liquidar a favor del servidor público la prestación en forma definitiva por el año completo o la fracción laborada, salvo que la relación de trabajo termine en una fecha diferente.

Debe resaltarse además que el artículo en cita al establecer “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, excluyó de forma diáfana su aplicación a los docentes cobijados por dicha norma.

Más adelante, por medio del Decreto 1582 de 1998¹, el Gobierno Nacional reglamentó parcialmente el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 (liquidación de la cesantía anualizada), disponiendo en su artículo 1º, lo siguiente:

“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.

Parágrafo. - Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998”.

Quiere significar lo anterior que el régimen de cesantías anualizado creado por la Ley 50 de 1990, posteriormente aplicado a los empleados públicos en virtud de la Ley 344 de 1996, consiste en que cada año en fecha 31 de diciembre se efectúa una liquidación definitiva de las cesantías y el valor que esta operación arroje es consignado el año siguiente en **una cuenta individual del fondo de cesantías que el empleado elija**; cuya falta de consignación oportuna del monto liquidado como cesantía tiene como consecuencia jurídica a cargo del empleador el pago de una sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo (artículo 99 Ley 50 de 1990).

Frente al pago tardío de los intereses a las cesantías la Ley 50 de 1990, no consagró sanción alguna, razón por la cual, frente a este régimen se acude al artículo 1 de la Ley 52 de 1975, Por la cual se reconocen los intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares, el cual reza: “Los intereses de que trata el inciso anterior deberán

¹ “Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia”.

*pagarse en el mes de enero del año siguiente aquel en que se causaron, o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo periodo anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año”, ello so pena de cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados conforme lo dispuesto en el numeral 3° *ibidem*.*

Del régimen especial prestacional docente

El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, entidad vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyos recursos son operados por la Fiduciaria La Previsora S.A., canon que de forma clara, en su inciso final, estableció que el Fondo sería dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial **sin afectar el principio de unidad de caja**.

La norma mencionada dispuso además todo lo concerniente a las prestaciones sociales reconocidas a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional y entidades territoriales, estableciendo de paso en su artículo 1° el régimen aplicable al personal docente nacional, nacionalizado y territorial, consagrando en todo caso en su artículo 4° lo siguiente:

“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”.

Por su parte, el numeral 1° de su artículo 15 establece que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 se registrará de la siguiente manera: **i)** 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, **ii)** y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para los mismos

efectos, se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en esta ley.

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

“3. Cesantías:

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

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

Significa lo anterior que los docentes nacionalizados, quienes fueron nombrados por los municipios, departamentos y distritos mediante facultades propias y con cargo a sus propios recursos, siempre que no surja un nuevo nombramiento que varíe sus condiciones, continuarán rigiéndose por la normatividad de la entidad territorial, es decir que en lo que atañe a las cesantías se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial.

Frente a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se dispuso que se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, sometido al **régimen especial de cesantías consagrado en la Ley 91 de 1989, modificado parcialmente por la Ley 812 de 2003**, al cual tienen derecho al momento de su vinculación al servicio docente, dado que su afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es obligatoria y opera de forma automática.

Tal y como se observa, en virtud del proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados quedaron reguladas en la Ley 91 de 1989, compendio que excluyó lo relacionado con las cesantías de los docentes territoriales; respecto de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estableció una especie de transición normativa; y para aquellos docentes nombrados a partir del 1º de enero de 1990, nacionales y nacionalizados, estableció que su régimen aplicable sería el de los empleados públicos del orden nacional.

Es decir, solo los docentes territoriales y/o nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 podrían continuar con el régimen de cesantías vigente hasta antes de la Ley 91 de 1989, mientras que los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989 fueron cobijados por el nuevo régimen especial.

Posteriormente, el Ministerio de Educación Nacional a través del Decreto No. 3752 de 22 de diciembre de 2003, reglamentó, entre otros aspectos, el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estableciendo cómo deben hacerse los aportes y la transferencia de los recursos a este fondo; norma que en sus artículos 7 y 10 prevé:

“Artículo 7º 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 8º del presente decreto.”

Artículo 10º.- 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. (...)

Por su parte, la Ley 1955 de 2019 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022”, en el inciso 3 del artículo 57 frente a la eficiencia en la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, luego de establecer cómo deben ser reconocidas, liquidadas y pagadas las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989, consagró:

“(…) 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.” (líneas fuera del texto original)

El artículo 324 de la Ley 2294 de 2023, Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 "Colombia Potencia Mundial de la Vida, vigente a partir del 19 de mayo de 2023, modificó el parágrafo transitorio del artículo 57 de la ley 1955 de 2019 que consagra lo referente a la financiación del pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, indicando que comprende también las causadas a diciembre de 2022, pero **no modificó la obligatoriedad de atender al principio de unidad de caja para el pago de prestaciones económicas.**

Conforme la normativa parcialmente transcrita, es claro entonces que en virtud de lo establecido en la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está conformado como una cuenta especial adscrita al Ministerio de Educación Nacional, que se sostiene y está constituida por los giros efectuados por la Nación y los aportes realizados por las entidades territoriales, en sus diferentes modalidades (artículo 8 de la Ley 91 de 1989), **la cual es administrada a través del principio presupuestal de unidad de caja.**

Es decir, que estos recursos son consignados en un fondo común en el que los recursos siempre están a disposición para atender el pago de las prestaciones de los docentes cuando éstos cumplan con los requisitos señalados en la ley para acceder a estas, dado que este sistema permite tener recursos de forma continua y permanente, cuyo trámite está regulado por el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual consiste en que la secretaría de educación territorial a la cual se encuentra adscrito cada docente debe realizar anualmente el reporte de liquidación de las cesantías y de los intereses a las cesantías, con plazo de reporte el 5 de febrero de cada año, por su parte, la Fiduprevisora como vocera del Fomag debe realizar el depósito de los intereses a las cesantías en el mes de marzo de cada año siguiente.

En conclusión, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **no se administra mediante cuentas individualizadas asignadas a cada empleado en un fondo privado e independiente**, como lo establece la Ley 50 de 1990.

En todo caso, al estar constituida como una **cuenta de carácter especial**, esto excluye de por sí el empleo de regímenes de cesantías aplicables a los particulares y otros

servidores públicos, es más, se recalca que la Ley 344 de 1996 por el cual se regula el régimen de cesantías del sector público en su artículo 13 al establecer “Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, excluyó de forma expresa su aplicación a los docentes cobijados por dicha norma.

Se tiene entonces, que los docentes tienen un régimen especial configurado en la Ley 91 de 1989, distinto al régimen anualizado de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990 previsto en principio para los trabajadores de derecho privado y luego aplicado a los empleados públicos bajo la extensión de la Ley 344 de 1996.

Si bien la corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 consideró 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”, y que “(...) aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 (...), no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción (...), el Consejo de Estado como Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha considerado², al interpretar la sentencia previamente descrita, que:

- (i) el fondo administrador de las cesantías de los docentes es el FOMAG, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989, a diferencia de los fondos administradores de cesantías,
- (ii) respecto a la liquidación y manejo de cesantías, en la ley 50 de 1990 se previó la liquidación definitiva a 31 de diciembre y su consignación antes del 15 de febrero del año siguiente, diferente a la administración de los recursos que tiene a su cargo el FOMAG, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio, y
- (iii) frente a los intereses de las cesantías que establece el numeral 2° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, los afiliados al FOMAG reciben un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera, lo cual resulta más beneficioso para el docente afiliado al FOMAG.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01, sentencia del 24 de enero de 2019

Expuso el Consejo de Estado³ lo siguiente:

“Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, como « una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por el Gobierno Nacional en orden a:

«a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional; b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.>>

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

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

En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de

³ *Ibidem*.

interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Con fundamento en las anteriores premisas, concluyó el Consejo de Estado que:

“Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia” (Énfasis del Despacho).

Se hace necesario precisar que si bien en la jurisprudencia previamente citada proferida por el Consejo de Estado se accedió a la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, el supuesto fáctico obedeció a que la docente no se había afiliado al FOMAG por el periodo comprendido entre 2003 a 2007, dado que su afiliación por parte del municipio de Santiago de Cali se realizó en esta última fecha. Así, ante el incumplimiento de la obligación de afiliación de la docente, se accedió al pago de la sanción moratoria por el periodo comprendido con anterioridad a su afiliación, situación que dista de lo expuesto por la parte actora en el presente medio de control.

De otro lado, no se desconoce que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y alguna jurisprudencia del Consejo de Estado han sentado que el personal docente, en virtud del principio de favorabilidad, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías contenida en la Ley 1071 de 2006, no obstante, en criterio de este Despacho, tal precedente no puede extenderse a las sanciones contempladas en la Ley 50 de 1990 y a la indemnización de la Ley 52 de 1975, al tratarse de regímenes de cesantías disimiles a las otorgadas por la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tal y como se explicó en antelación, motivo por el cual se considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes y anotados por la parte demandante en el escrito de demanda para sustentar sus pretensiones, no pueden aplicarse al caso objeto de examen.

En línea con lo anterior, el Tribunal Administrativo de Caldas⁴ ha considerado que:

⁴ Sentencia del 31 de marzo de 2023, radicado 17001333300420220016402, M. P. Dohor Edwin Varón Vivas

“(…) [E]s claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.** (resaltado del texto original).

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en la Ley 50 de 1990 artículo 99, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

Es más la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006 y el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación CE-SUJ2 No. 001 de 2016, determinaron de forma diáfana que, en el régimen especial de cesantías docentes frente a otros regímenes de cesantías, no se da vulneración del derecho a la igualdad, dado que, en la aplicación del test de igualdad, no es posible verificar el primer elemento del juicio integrado de igualdad, concerniente a la existencia de un *patrón de igualdad o tertium comparationis*.

3.5. Análisis del caso concreto

Teniendo en cuenta el material probatorio obrante en el plenario, el cual fue incorporado siguiendo las formalidades establecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes, se observa que la señora **LILIANA PEREZ CARDONA** conforme certificación de extracto de intereses a las cesantías expedida por La Fiduprevisora S.A.⁵ es docente vinculada al departamento de Caldas, afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya fuente de cursos proviene del Sistema de General de Participación

En razón a esto, se encuentra cobijada por el régimen especial de cesantías contenido en la Ley 91 de 1989, regulado por el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que excluye que la demandante pueda reclamar el reconocimiento y pago de la sanción por consignación extemporánea de las cesantías consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 desde el 15 de febrero de 2021, y la indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías

⁵ Archivo “02EscritoDemandaAnexos” del expediente electrónico, p. 73 a 74.

del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, al tratarse de un régimen diferente, aplicable a los empleados públicos afiliados a fondos de cesantías privados o al Fondo Nacional del Ahorro, conforme a la Ley 344 de 1996 y sus decretos reglamentarios.

Lo anterior, sumado a que, como se anotó en líneas anteriores, los procedimientos y reconocimientos de cada régimen resultan sustancialmente diferentes, por lo que no es plausible, equiparar uno con el otro, como quiera que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es administrado a través del principio presupuestal de unidad de caja, la cual está conformada por los aportes efectuados por la Nación y las entidades territoriales, en diferentes oportunidades, para que el Fondo permanentemente cuente con recursos para realizar el pago de las prestaciones sociales de los docentes, entre ellas, las cesantías e intereses a las cesantías.

En tanto que el régimen regulado por la Ley 50 de 1990, se administra mediante cuentas individualizadas asignadas a cada empleado en un fondo privado e independiente o al Fondo Nacional de Ahorro, a elección del empleado.

3.6. Conclusión

Con base en las consideraciones expuestas se negarán las pretensiones de la demanda y se declarará fundada de oficio la excepción de *“Inexistencia de la obligación”* en favor de la Nación -Ministerio de Educación -Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y se declarará probada la excepción de *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* propuesta por el departamento de Caldas, sin que sea necesario efectuar pronunciamiento alguno frente a los demás medios exceptivos, ante la prosperidad de estos.

3.7. Costas

No se condena en costas en virtud de lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, inciso adicionado por la ley 2080 de 2021, al observarse que la demanda no se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, como tampoco se observa que estas se encuentren causadas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA de oficio la excepción de *“Inexistencia de la obligación”* en favor de la **NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO DE**

PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y DECLARAR FUNDADA la excepción de *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* propuesta por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, por aludido en precedencia, lo que releva al juzgado de efectuar el estudio de los demás medios exceptivos ante la prosperidad de los primeros.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instauró la señora **LILIANA PEREZ CARDONA** en contra de **LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente expuesto.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

QUINTO: La presente sentencia queda notificada en estados de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

SÉPTIMO: SE RECONOCE PERSONERÍA como apoderada de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a la abogada **CATALINA CELEMIN CARDOSO**, conforme con el poder general allegado. Acto seguido, se **RECONOCE PERSONERÍA** como apoderada de la misma entidad a la abogada **LAURA VICTORIA ALZATE RAMIREZ**, conforme con la sustitución de poder allegada al expediente.

OCTAVO: SE ACEPTA la renuncia de poder presentada por el abogado **JUAN FELIPE RIOS FRANCO** como apoderado del **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, por cumplir los presupuestos del artículo 76, inciso 4°, del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized name, possibly 'Juan Felipe Rios Franco'.

JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

CCMP/Sust.

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 26/06/2023


MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

Micrositio Web PUBLICACIÓN ESTADOS ELECTRÓNICOS:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-administrativo-de-descongestion-de-manizales/474>