

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO MANIZALES

Manizales, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

A.I 1479

Radicación: 17001-33-33-004-2014-00188-00
Medio de Control: Reparación directa
Demandante: José Ramiro Cortes Marín
Demandado: Municipio de Pensilvania

Con el fin de impulsar el trámite del proceso de la referencia se adoptan las siguientes decisiones:

Prueba Pericial a favor del municipio de Pensilvania.

Con providencia del pasado 17 de junio de 2021¹, el Juzgado designó de la lista de auxiliares de la justicia al ingeniero civil Leandro Benítez Buriticá y a pesar de que el Juzgado remitió la correspondiente comunicación no se obtuvo respuesta alguna.

En consecuencia, se requiere a la **Universidad Nacional de Colombia- Sede Manizales**, para que designe un perito Ingeniero Civil que determine cantidades, costos y presupuestos de la obra ejecutada y si los mismos o sus cantidades estaban asociados a los contratos suscritos con el Municipio de Pensilvania en el año 2011, determinando las diferencias existentes entre las sumas contratadas y las cantidades de obras ejecutadas con su respectivo presupuesto.

Por la Secretaría comuníquese informando que dicho cargo es de forzosa aceptación dentro de los cinco (05) días siguientes al recibo de la respectiva comunicación y que una vez acepte deberá tomar posesión dentro de los cinco días siguientes. El dictamen deberán rendirlo dentro de los quince (15) días siguientes a la aceptación del cargo, debido a que ha pasado un largo tiempo sin que se pueda recaudar la prueba decretada en audiencia inicial.

¹ Archivo 30

Fecha para la Audiencia de Pruebas.

Se procede a citar a las partes para la Audiencia de Pruebas el próximo **lunes cuatro (04) de diciembre de dos mil veintitrés (2023) a las nueve y treinta de la mañana (09:30 a.m).**

Cabe anotar que, a la misma **DEBERÁN COMPARECER OBLIGATORIAMENTE** los apoderados de las partes, so pena de incurrir en las sanciones previstas en el numeral 4 ibídem, empero, su inasistencia no impedirá el desarrollo de la diligencia.

La audiencia se realizará en modalidad **NO PRESENCIAL**, a través de comunicación simultánea o sucesiva, utilizando como herramienta tecnológica Lifesize, para los cual deberán informar con anticipación al correo electrónico del juzgado los números de teléfonos en los cuales pueden ser ubicados los abogados de las partes para efectos de coordinar la realización de la diligencia.

Se **ADVIERTE** que toda comunicación dirigida al Despacho debe presentarse estrictamente de manera digital, en formato PDF, a través del correo electrónico admin07ma@cendoj.ramajudicial.gov.co, dentro de los horarios establecidos de atención al usuario (lunes a viernes de 07:30 am a 12:00 m y de 01:30 pm a 05:00 pm).

Así mismo, se **INSTA** a las partes y sus apoderados a presentar los memoriales de sustitución de poder y/o cualquier documento relacionado con la audiencia programada a más tardar durante el día hábil anterior a la diligencia, con el fin de incorporarlos al expediente oportunamente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

Pícr/ P.U

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
MANIZALES – CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

La providencia anterior se notifica en el Estado del 04 de julio de 2023

MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO MANIZALES

Manizales, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

A.I 1477

Radicación: 17001-33-33-003-2014-00228-00
Medio de Control: Reparación directa
Demandante: Lina Johana Candamil Zuluaga y otros
Demandado: Instituto Nacional de Vías - Invías y otros
Llamadas en garantía: Confianza S.A.

Con el fin de impulsar el trámite del proceso de la referencia se adoptan las siguientes decisiones:

Prueba Pericial.

Con providencia del pasado 08 de marzo de 2022¹, el Juzgado designó de la lista de auxiliares de la justicia al ingeniero civil LEANDRO BENITEZ BURITICA, identificado con cédula de ciudadanía 75.102.052, quien puede localizarse en la calle 56 n° 11B – 62, teléfono 8769663, celular 3117077497, correo electrónico leandronacho@hotmail.com. En esa oportunidad se estableció que la parte actora debía demostrar el envío de la respectiva comunicación, sin que hasta la fecha se hubiese demostrado el cumplimiento de esta carga procesal.

En consecuencia, el Despacho inicia el trámite previsto en el artículo 178 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo advirtiéndole que de no demostrar el cumplimiento de la carga procesal asignada dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta providencia se decretará el desistimiento tácito de la misma.

Fecha para la Audiencia de Pruebas.

Se procede a citar a las partes para la Audiencia de Pruebas el próximo **jueves siete (07) de marzo de dos mil veinticuatro (2024) a las nueve de la mañana (09:00 a.m.)**.

¹ Archivo 30

Cabe anotar que, a la misma DEBERÁN COMPARECER OBLIGATORIAMENTE los apoderados de las partes, so pena de incurrir en las sanciones previstas en el numeral 4 ibídem, empero, su inasistencia no impedirá el desarrollo de la diligencia.

La audiencia se realizará en modalidad NO PRESENCIAL, a través de comunicación simultánea o sucesiva, utilizando como herramienta tecnológica Lifesize, para los cual deberán informar con anticipación al correo electrónico del juzgado los números de teléfonos en los cuales pueden ser ubicados los abogados de las partes para efectos de coordinar la realización de la diligencia.

Se ADVIERTE que toda comunicación dirigida al Despacho debe presentarse estrictamente de manera digital, en formato PDF, a través del correo electrónico admin07ma@cendoj.ramajudicial.gov.co, dentro de los horarios establecidos de atención al usuario (lunes a viernes de 07:30 am a 12:00 m y de 01:30 pm a 05:00 pm).

Así mismo, se INSTA a las partes y sus apoderados a presentar los memoriales de sustitución de poder y/o cualquier documento relacionado con la audiencia programada a más tardar durante el día hábil anterior a la diligencia, con el fin de incorporarlos al expediente oportunamente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

P/cr/ P.U

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
MANIZALES – CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

La providencia anterior se notifica en el Estado del 04 de julio de 2023

MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO MANIZALES

Manizales, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

A.I 1473

Radicación: 17001-33-33-003-2014-00537-00
Medio de Control: Reparación directa
Demandante: Mario César Vélez Arcila y otros
Demandado: Nación Rama Judicial Dirección Ejecutiva de
Administración Judicial

Se procede a citar a las partes para Audiencia de Pruebas para el próximo **martes seis (06) de febrero de dos mil veinticuatro (2024) a las nueve de la mañana (09:00 a.m).**

Cabe anotar que, a la misma DEBERÁN COMPARECER OBLIGATORIAMENTE los apoderados de las partes, so pena de incurrir en las sanciones previstas en el numeral 4 ibídem, empero, su inasistencia no impedirá el desarrollo de la diligencia.

La audiencia se realizará en modalidad NO PRESENCIAL, a través de comunicación simultánea o sucesiva, utilizando como herramienta tecnológica Lifesize, para los cual deberán informar con anticipación al correo electrónico del juzgado los números de teléfonos en los cuales pueden ser ubicados los abogados de las partes para efectos de coordinar la realización de la diligencia.

Se ADVIERTE que toda comunicación dirigida al Despacho debe presentarse estrictamente de manera digital, en formato PDF, a través del correo electrónico admin07ma@cendoj.ramajudicial.gov.co, dentro de los horarios establecidos de atención al usuario (lunes a viernes de 07:30 am a 12:00 m y de 01:30 pm a 05:00 pm).

Así mismo, se INSTA a las partes y sus apoderados a presentar los memoriales de sustitución de poder y/o cualquier documento relacionado con la audiencia

programada a más tardar durante el día hábil anterior a la diligencia, con el fin de incorporarlos al expediente oportunamente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

P/cr/ P.U

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
MANIZALES – CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

La providencia anterior se notifica en el Estado del 04 de julio de 2023

MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO MANIZALES

Manizales, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

A.I 1475

Radicación: 17001-33-33-002-2014-00639-00
Medio de Control: Reparación directa
Demandante: Luz Adriana Cardona Guarín y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y otros
Llamadas en garantía: Fundación Fesco y otros

Con memorial allegado el 22 de noviembre de 2022¹ la abogada **Yeimy Castaño Bedoya** manifiesta que acepta la designación para representar los intereses de la parte actora, de acuerdo a la solicitud de amparo de pobreza previamente realizada. En consecuencia, se procede a **reconocer personería** a la profesional del derecho para que actúe dentro del proceso radicado con el número de la referencia.

Así las cosas, se procede a citar a las partes para continuar con la Audiencia de Pruebas el próximo **lunes cuatro (04) de marzo de dos mil veinticuatro (2024) a las nueve y treinta de la mañana (09:00 a.m)**.

Cabe anotar que, a la misma DEBERÁN COMPARECER OBLIGATORIAMENTE los apoderados de las partes, so pena de incurrir en las sanciones previstas en el numeral 4 ibídem, empero, su inasistencia no impedirá el desarrollo de la diligencia.

La audiencia se realizará en modalidad NO PRESENCIAL, a través de comunicación simultánea o sucesiva, utilizando como herramienta tecnológica Lifesize, para los cual deberán informar con anticipación al correo electrónico del juzgado los números de teléfonos en los cuales pueden ser ubicados los abogados de las partes para efectos de coordinar la realización de la diligencia.

¹ Archivo 69

Se ADVIERTE que toda comunicación dirigida al Despacho debe presentarse estrictamente de manera digital, en formato PDF, a través del correo electrónico admin07ma@cendoj.ramajudicial.gov.co, dentro de los horarios establecidos de atención al usuario (lunes a viernes de 07:30 am a 12:00 m y de 01:30 pm a 05:00 pm).

Así mismo, se INSTA a las partes y sus apoderados a presentar los memoriales de sustitución de poder y/o cualquier documento relacionado con la audiencia programada a más tardar durante el día hábil anterior a la diligencia, con el fin de incorporarlos al expediente oportunamente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

Pfcr/ P.U

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
MANIZALES – CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

La providencia anterior se notifica en el Estado del 04 de julio de 2023

MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO MANIZALES

Manizales, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

A.I 1476

Radicación: 17001-33-33-002-2014-00693-00
Medio de Control: Reparación directa
Demandante: Delio Edison Valoyes Palacios y otros
Demandado: E.S.E. Hospital San Vicente de Paul de Anserma

Con el fin de impulsar el trámite del proceso de la referencia se adoptan las siguientes decisiones:

Prueba Pericial.

Con providencia del pasado 01 de abril de 2022, el Juzgado requirió a la E.S.E. Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas para que designara un médico internista que rinda el dictamen pericial conforme al cuestionario allegado por la parte actora. A pesar de que el Juzgado remitió la respectiva comunicación, la entidad guardó silencio.

Se **requiere nuevamente** a la **E.S.E. Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas** a efectos que, dentro de los 10 días siguientes al recibo de la respectiva comunicación, designe de sus médicos adscritos, un especialista en medicina interna que proceda a rendir el dictamen pericial decretado en el auto del 24 de julio de 2019 que abrió el proceso a pruebas. Se advierte a esa entidad que es su deber de colaborar con la administración de justicia y de no ofrecer respuesta oportuna se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 43 y 44 del Código General del Proceso.

Por la Secretaría del Juzgado expídanse la comunicación correspondiente; además en virtud de lo dispuesto en el numeral 8¹ del artículo 78 del C.G.P., el vocero judicial de la parte actora **deberá acreditar**, dentro de los 5 días siguientes a esta providencia, que procedió al respectivo envío o la entrega de los oficios que deberá elaborar y remitir junto con copia íntegra del acta de la audiencia y de esta providencia. En caso de no cumplir con esta carga procesal se dará inicio al trámite descrito en el artículo 178 de la Ley 1437 de 2011.

Fecha para la Audiencia de Pruebas.

Se procede a citar a las partes para la Audiencia de Pruebas el próximo **martes cinco (05) de marzo de dos mil veinticuatro (2024) a las nueve de la mañana (09:00 a.m).**

Cabe anotar que, a la misma DEBERÁN COMPARECER OBLIGATORIAMENTE los apoderados de las partes, so pena de incurrir en las sanciones previstas en el numeral 4 ibídem, empero, su inasistencia no impedirá el desarrollo de la diligencia.

La audiencia se realizará en modalidad NO PRESENCIAL, a través de comunicación simultánea o sucesiva, utilizando como herramienta tecnológica Lifesize, para los cual deberán informar con anticipación al correo electrónico del juzgado los números de teléfonos en los cuales pueden ser ubicados los abogados de las partes para efectos de coordinar la realización de la diligencia.

Se ADVIERTE que toda comunicación dirigida al Despacho debe presentarse estrictamente de manera digital, en formato PDF, a través del correo electrónico admin07ma@cendoj.ramajudicial.gov.co, dentro de los horarios establecidos de atención al usuario (lunes a viernes de 07:30 am a 12:00 m y de 01:30 pm a 05:00 pm).

Así mismo, se INSTA a las partes y sus apoderados a presentar los memoriales de sustitución de poder y/o cualquier documento relacionado con la audiencia programada a más tardar durante el día hábil anterior a la diligencia, con el fin de incorporarlos al expediente oportunamente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

P/cr/ P.U

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
MANIZALES – CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

La providencia anterior se notifica en el Estado del 04 de julio de 2023

MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO MANIZALES

Manizales, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 1482

Medio de control: Reparación directa
Demandante: Blanca Emma Torres Jaramillo
Demandado: Municipio de Manizales
Radicado: 17001-33-39-007-2016-00258-00

Teniendo en cuenta que la diligencia programada para las horas de la mañana del próximo seis (06) de julio de dos mil veintitrés (2023) fue aplazada, **se procede a citar a las partes para realizar la Audiencia de Pruebas en la misma fecha a partir de las nueve de la mañana (9:00 a.m).** Lo anterior teniendo en cuenta que el aún se encuentran pendientes por practicar un número considerables de pruebas.

La Audiencia se realizará en la sala 231 del Palacio de Justicia Fanny González Franco.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

Plcr/ P.U

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
MANIZALES – CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

La providencia anterior se notifica en el Estado del 04 de julio de 2023

MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Sentencia Nro.: 157/2023
Medio de Control: Reparación Directa
Actor(a): María Edelmira Gutiérrez y otros
Accionado: Par Caprecom Liquidado, municipio de La Merced
y E.S.E Hospital La Merced
Llamadas en garantía: Seguros del Estado S.A.
Radicado: 17001-33-39-007-2016-00322-00
Instancia: Primera

En los términos del inciso final del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo C.P.A.C.A. y teniendo en cuenta que no se advierten irregularidades que afecten o vicien el trámite del proceso, 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 la audiencia inicial respecto a las excepciones y la fijación del litigio.

Antecedentes

1.- La demanda

Por intermedio de apoderado judicial, **María Edelmira Gutiérrez, Luis Fernando Vargas Gutiérrez, José Ramiro Vargas Gutiérrez, María Edelmira Vargas Gutiérrez y Carlos Enrique Vargas Gutiérrez** en ejercicio del medio de

control de reparación directa, demandaron a la **E.S.E Hospital La Merced**, al **municipio de La Merced** y al **Par Caprecom Liquidado**, solicitando lo siguiente¹:

1. Declárese que CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DEL MINISTERIO DE COMUNICACIONES “CAPRECOM” E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN, MUNICIPIO DE LA MERCED; E.S.E. HOSPITAL LA MERCED son civil y administrativamente responsables de la muerte del señor JOSÉ ARISTOBULO VARGAS BEDOYA, ocurrida el día 25 de febrero de 2.015 por error de diagnóstico y la privación del diagnóstico oportuno, tratamiento oportunos, por la inobservancia de las guías médicas y los protocolos claramente establecidos en la práctica médica y de los principios de pericia, prudencia, oportunidad y diligencia en el tratamiento y manejo que debía dársele al paciente, circunstancias que tenían la condición de ser tanto previsible como prevenible, además de la inobservancia de las características de la presentación del servicio de salud contenidas en el artículo 3 del Decreto 1011 del 3 de abril de 2006, que originaron la muerte de su esposo y padre respectivamente, quien en vida llevara el nombre de JOSE ARISTOBULO VARGAS BEDOYA.
2. Declárese que CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DEL MINISTERIO DE COMUNICACIONES “CAPRECOM” E.I.C.E. EN LIQUIDACION, MUNICIPIO DE LA MERCED; E.S.E. HOSPITAL LA MERCED, son civil y administrativamente responsables de los perjuicios morales causados a los señores MARIA EDELIMIRA GUTIERREZ; LUIS FERNANDO, JOSE RAMIRO, MARIA EDELMIRA Y CARLOS ENRIQUE VARGAS GUTIÉRREZ, en calidad de compañera permanente e hijos respectivamente, por falla médica y administrativa en la prestación de servicios médicos, (...)

Las pretensiones solicitadas en la demanda se fundamentan en los hechos que a continuación se resumen:

El señor José Aristóbulo Vargas Bedoya contaba con 85 años de edad y se encontraba afiliado al régimen subsidiado en salud a través de Caprecom E.P.S., hoy liquidada, para el momento en el que consulta en la **E.S.E. Hospital La Merced**. El 29 de enero de 2015, es atendido por el doctor Diego Ismael Gómez Torres quien diagnostica infección urinaria iniciando tratamiento con antibióticos por 5 días, cuando se decide consultar con una institución del tercer nivel.

¹ Páginas 12 y 13 01Cuaderno1

El paciente es remitido a la Clínica Su Vida Unidad de atención en Cuidado Intensivo de la Clínica Santillana y luego de practicados algunos exámenes médicos se le diagnostica con colecistitis aguda cuyo manejo es de carácter quirúrgico urgente. El señor Vargas Bedoya fallece el 25 de febrero de 2015.

Fundamentos jurídicos de la demanda

Se indica que la prestación del servicio de salud fue inoportuna o tardía, debido a un error de diagnóstico en la atención del señor José Aristóbulo Vargas Bedoya; el paciente recibió el tratamiento para una infección urinaria a pesar de que la sintomatología mostraba leucocitosis y un PRC elevados, este diagnóstico fue realizado sin el uso de todas las ayudas diagnósticas oportunas.

Cita la Guía para Manejo de Urgencias del Grupo de Atención de Emergencias y Desastres Convenio Federación Panamericana de Facultades (Escuelas) de Medicina Fepafem 2009, adoptadas por el Ministerio de Protección Social, para destacar que desde el 1 de febrero el paciente presentaba síntomas de colecistitis aguda y no una infección urinaria.

La patología evoluciona a grado III durante su hospitalización en la **E.S.E. de La Merced** y por esta razón la intervención quirúrgica fue más riesgosa para el paciente. Las demandadas no actuación con el cuidado, diligencia y oportunidad debidas y, en consecuencia, le es atribuible la responsabilidad por la muerte del señor Vargas Bedoya. El daño es producto de las acciones y omisiones de la institución prestadora de los servicios de salud y no por la condición clínica del paciente.

2. Trámite procesal

Surtida la fase escrita del procedimiento, se llevó a cabo la audiencia inicial en sesiones del 14 de agosto de 2019² y del 11 de mayo de 2022³, allí se declaró el saneamiento del proceso, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas.

La audiencia de pruebas se realizó el 13 de marzo de 2023⁴, en esa misma oportunidad se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que dentro de los 10 días siguientes presentaran sus alegatos de conclusión por

² Páginas 126 a 132 archivo 01

³ Archivo 19

⁴ Archivo 51

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

3. Intervención de la parte accionada

Municipio de La Merced⁵.

No le constan los hechos de la demanda porque el ente territorial no brindó la atención hospitalaria al señor José Aristóbulo Vargas Bedoya. **La E.S.E. Hospital La Merced** goza de autonomía presupuestal, administrativa y financiera y se ha caracterizado por prestar un buen servicio.

Se opone a las pretensiones y propone las siguientes excepciones:

i) Ausencia de nexo de causalidad. No se evidencia responsabilidad del **municipio de La Merced** porque no fue la entidad que prestó la atención hospitalaria al señor Vargas Bedoya. La prestación de este servicio no está dentro de sus competencias.

ii) Buena fe en las actuaciones del **municipio de La Merced**. Como principio que rige las actuaciones del accionado para el beneficio de la comunidad.

iii) Falta de legitimación en la causa por pasiva. El accionado no tiene competencias para prestar servicios hospitalarios y por tanto no tiene relación con el presente caso.

iv) Inexistencia del elemento daño. Las pruebas allegadas no acreditan daño alguno que deba ser indemnizado por la entidad territorial.

v) Inexistencia del deber de indemnizar. En razón a que el municipio no intervino en la atención médica del paciente.

vi) Genérica.

E.S.E. Hospital La Merced⁶.

Frente a los hechos de la demanda se atiene a lo indicado en la historia clínica del paciente. Se opone a la prosperidad de las pretensiones y presenta las siguientes excepciones:

⁵ Páginas 181 a 189 archivo 03

⁶ Páginas 199 a 222 archivo 03

i) Ausencia de nexo de causalidad. El fallecimiento del señor José Aristóbulo Vargas Bedoya supera la condición humana y ocurrió a pesar de haberse brindado la prestación de servicio con el cumplimiento de todos los parámetros aplicables.

ii) Buena fe en las actuaciones de la E.S.E. Hospital La Merced. Este principio rigió las actuaciones de la entidad demandada durante la atención al paciente.

iii) Falta de legitimación en la causa por pasiva. La E.S.E. demandada no está llamada a responder porque prestó el servicio con eficiencia y responsabilidad.

iv) Inexistencia del elemento daño. La atención brindada al señor Vargas Bedoya fue oportuna y adecuada.

v) Inexistencia de falla en la prestación del servicio médico, actuación ajustada a la *lex artis* y a los protocolos de atención según los niveles de complejidad autorizados para la entidad. No se configura una falla en el servicio médico porque en la atención brindada al paciente se pusieron a su disposición todo el recurso tecnológico y el talento humano disponible para el primer nivel de complejidad.

vi) Obligaciones de medios. Las obligaciones que surgen de la prestación del servicio de salud son de medios y no de resultados. La responsabilidad de la accionada estaba encaminada a brindar una atención en el primer nivel.

vii) Inexistencia del deber de indemnizar. Como consecuencia de las anteriores excepciones plantea que a la **E.S.E. Hospital La Merced** no le asiste el deber de indemnizar porque el daño no le es atribuible.

viii) Genérica

Par Caprecom Liquidado⁷. No le constan los hechos de la demanda y se opone a la prosperidad de las pretensiones. Propone las siguientes excepciones:

i) Ausencia de imputación fáctica y jurídica del daño a mi representada. En el caso puesto a consideración no se configuran los elementos para acreditar una responsabilidad en su contra; el daño no le es imputable porque Caprecom E.P.S.-S obró con prudencia y diligencia brindado los servicios que estaban a su

⁷ Páginas 223 a 229 archivo 03

alcance. Resalta que para los actos médicos se aplica el criterio de obligaciones de medios y no de resultados; por tanto, el servicio se considera adecuado siempre que se pongan a disposición del paciente los medios que se encuentran al alcance de acuerdo al nivel de complejidad de la unidad hospitalaria.

ii) Prestación eficiente, oportuna, diligente, idónea y perita del servicio de salud por parte de Caprecom E.P.S.-S. La demandada utilizó todos los recursos a su alcance para brindar el servicio de salud al señor Vargas Bedoya, brindado una atención calificada y oportuna.

iii) Inexistencia de la obligación. Caprecom E.P.S.-S cumplió con sus obligaciones legales y en consecuencia no se configura una falla en el servicio.

iv) Cumplimiento de las obligaciones legales por parte de Caprecom para con sus afiliados. La demanda contaba con una red de instituciones prestadoras de servicios en salud en el Departamento de Caldas y los servicios se brindaron sin ningún tipo de barrera administrativa que le pueda ser imputable. En caso de que exista una falla en la prestación del servicio, esta sería atribuible a la IPS contratada por Caprecom E.P.S. -S.

Llamada en garantía Seguros del Estado S.A.⁸

No le constan los hechos expuestos en la demanda y frente al llamamiento en garantía acepta que fue contratada la póliza mencionada, pero esta no es de responsabilidad civil extracontractual profesional de clínicas y hospitales. Propone las siguientes excepciones de mérito frente al llamamiento en garantía:

i) Sujeción de las partes al contrato de seguro y a las normas legales que lo regula. La relación jurídica entre la E.S.E. Hospital La Merced y Seguros del Estado S.A. debe analizarse bajo el marco jurídico que rige el contrato de seguros.

ii) Límite de amparo asegurado bajo la póliza objeto del llamamiento en garantía. Suma asegurada. Ante una posible condena de la asegurada, la llamada en garantía solamente está llamada a responder hasta el valor establecido en el seguro.

iii) Deducible a cargo del asegurado.

⁸ Páginas 75 a 116 archivo 04

iv) Ausencia de cobertura de la póliza objeto del llamamiento en garantía. La póliza PLO Nor 42-02-101001075 otorga amparo patrimonial frente a predios, labores y operaciones del hospital, sin que su cobertura este orientada a la responsabilidad que pueda surgir de la atención de los pacientes.

v) Seguros del Estado S.A. no está obligada a pagar suma alguna de dinero por operación de varias exclusiones. Reitera que la póliza en virtud de la cual fue llamada en garantía no ampara la responsabilidad civil profesional. Aun si pudiera afectarse la póliza, esta solo tiene cobertura para daños patrimoniales; los perjuicios morales se encuentran excluidos del amparo.

vi) Genérica.

4. Alegatos de conclusión.

Parte demandante⁹. Con base en la prueba pericial cuestiona que no se hubiesen practicado análisis de sangre en el Hospital de primer nivel donde atendieron a la víctima directa José Aristóbulo Vargas Bedoya. Este servicio pudo ser prestado por la **E.S.E Hospital de La Merced**. En este sentido, el tratamiento médico brindado por la demandada fue inoportuna, tardío y errado.

El actuar de las accionadas negó la oportunidad de sobrevida del paciente, lo que provocó el resultado adverso representado en su fallecimiento.

Par Caprecom Liquidado. Al paciente siempre se garantizó el acceso a todos los servicios de salud tal y como se describe en el informe pericial. Destaca que, según el recaudo probatorio, el señor Vargas Bedoya llevaba varios días presentando síntomas y aun así decidió esperar para asistir a los servicios médicos. En este caso el daño no se califica como antijurídico porque no hay una conducta culposa respecto de Caprecom.

Municipio de La Merced¹⁰. Reitera que el ente territorial no tiene legitimación en la causa por pasiva porque quien prestó los servicios en salud es la E.S.E. demandada. La **E.S.E. Hospital de La Merced** tiene autonomía administrativa, presupuesta y financiera y por tanto no se encuentra configurado el nexo causal.

E.S.E. Hospital de La Merced. De la prueba pericial practicada se infiera que la accionada brindó los servicios al señor Vargas Bedoya de manera oportuna y adecuada de acuerdo a sus condiciones humanas, científicas y tecnológicas. Por

⁹ Archivo 55

¹⁰ Archivo 57

tanto, no existe nexo causal entre la conducta de la E.S.E. y el fallecimiento del señor José Aristóbulo Vargas Bedoya; este resultado se explica por otros factores ajenos a la entidad especialmente por las propias condiciones del paciente. En consecuencia, deben negarse las pretensiones de la demanda.

Llamada en garantía Seguros del Estado S.A. Argumenta que el dictamen pericial que obra como prueba en el expediente desvirtúa los argumentos expuestos por la parte demandante sobre la existencia de una falla en el servicio; esto excluye la responsabilidad de su asegurada **E.S.E. Hospital de La Merced**.

Aún en caso que se declare la responsabilidad de la E.S.E. mencionada, la póliza bajo la cual fue llamada en garantía excluye de su cobertura las circunstancias descritas en la demanda.

Ministerio público: No intervino dentro de esta etapa procesal.

Consideraciones

1. Legitimación en la causa por pasiva del municipio de La Merced.

Por economía procesal el Juzgado procede a analizar la legitimación en la causa por pasiva del **municipio de La Merced**, una de las excepciones propuestas por el ente territorial.

Según el Consejo de Estado, este presupuesto para dictar sentencia favorable a la parte actora, se define materialmente como:

(...) la participación real de las personas, por regla general, en el hecho o acto jurídico origen de la formulación de la demanda y se constituye en una condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado¹¹.

En este caso, la demanda pretende que se declare responsable patrimonialmente al **municipio de La Merced** por los daños causados con el fallecimiento del señor José Aristóbulo Vargas Bedoya, debido a un presunto error de diagnóstico. No obstante, de acuerdo con las pruebas recaudadas, específicamente la historia clínica¹², está acreditado que la atención médica objeto de debate fue prestada por la **E.S.E. Hospital de La Merced**, entidad que

¹¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 2004, Rad. nº. 14.452 [fundamento jurídico A].

¹² Páginas 5 a 62 archivo 02

cuenta con autonomía presupuestal, administrativa y financiera.

Adicionalmente, el accionado no tiene asignado por Ley la prestación del servicio de salud de manera directa y tampoco existe norma expresa que extienda su responsabilidad estatal sin participar en el hecho dañoso.

Por estas razones se declarará probada la excepción de la falta de legitimación en la causa por pasiva del **municipio de La Merced**, sin que sea necesario analizar los demás argumentos de defensa propuestos por este accionado.

2. Problema y análisis jurídico:

De acuerdo con la fijación del litigio efectuado en la audiencia inicial, la controversia se centra en establecer lo siguiente¹³:

¿La ESE HOSPITAL LA MERCED, el MUNICIPIO DE LA MERCED y EL PAR CAMPRECOM LIQUIDADO, son administrativamente responsables por los perjuicios causados a la parte demandante como consecuencia del fallecimiento del señor José Aristóbulo Vagas Bedoya ocurrido el 25 de febrero de 2015, originado por un presunto error de diagnóstico, privación de diagnóstico y falta de tratamiento oportuno, aunado a la ausencia de actividades de vigilancia y supervisión de las entidades responsables?

Si la respuesta al anterior interrogante es positiva, se deberán resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Le asiste derecho a los demandantes a que se le indemnice por los perjuicios que reclaman?
2. ¿Está llamado a prosperar el llamamiento en garantía respecto a Seguros del Estado S.A.?

Lo anterior, sin descartar que en el desarrollo del problema jurídico se aborden algunos subproblemas.

3. Elementos de responsabilidad del Estado

El presente proceso se originó en ejercicio del medio de la acción consagrada el entonces artículo 86 del Código Contencioso Administrativo. Esta norma faculta al interesado para demandar del Estado la reparación del daño, cuando su causa

¹³ Páginas 4 archivo 19

sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

El régimen de responsabilidad del Estado al que obedece tal acción tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución de 1991; esta norma le impone a aquél el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

El elemento fundamental de la responsabilidad es la existencia de un daño que la persona no está en el deber jurídico de soportar y de una lectura literal del mencionado artículo es posible entender que el régimen de responsabilidad allí consagrado es un eminentemente patrimonial; esto porque el Estado presta su garantía pecuniaria a los daños que en el ejercicio de su actividad pueda causar a los particulares.

Sin embargo, es importante precisar que una interpretación sistemática del texto constitucional lleva a una conclusión más amplia. En efecto, al analizar el régimen de responsabilidad del Estado por daños no se puede perder de vista que la Constitución de 1991 es garantista de la dignidad humana y de los derechos humanos¹⁴ y propende porque éstos abandonen su esfera retórica para convertirse en una realidad palpable.

Es de mayúscula importancia que, a través de la responsabilidad, el juez de lo Contencioso Administrativo adelante una labor de diagnóstico de las falencias en las que incurre la Administración; al mismo tiempo, una labor de pedagogía, a fin de que aquellas no vuelvan a presentarse, sobre todo si esos daños vulneran en alguna medida los derechos humanos o la dignidad de las personas¹⁵.

La reparación de los daños comprende que la lesión a los derechos humanos, no se agota con el simple resarcimiento o la compensación económica. Es importante que el juez adopte medidas -en cuanto su ámbito de competencia lo permita- a través de las cuales las víctimas, efectivamente queden indemnes ante el daño sufrido, conozcan la verdad de lo ocurrido, recuperen su confianza en el Estado y tengan la certeza de que las acciones u omisiones que dieron lugar al daño por ellas padecido no volverán a repetirse.

¹⁴ Artículos 1, 2 y 89 C.P.

¹⁵ En igual sentido ver: Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia de noviembre 27 de 2006, Exp. 15835, sentencia de 27 de noviembre de 2006, Exp. 16571, sentencia de mayo 3 de 2007, Exp. 25020, sentencia de 3 de mayo de 2007, Exp. 21511 y, sentencia de junio 6 de 2007, Exp. 15781 todas con ponencia del Consejero Ramiro Saavedra Becerra.

Una noción amplia de reparación va más allá de la esfera estrictamente pecuniaria del individuo; en ella se deben incluir los bienes jurídicos -como es el caso de la dignidad y los derechos humanos- que generalmente no pueden ser apreciados monetariamente, pero que, si resultan lesionados por el Estado, deben ser reparados mediante compensación. Solo así el principio de la reparación integral del daño cobra una real dimensión para las víctimas¹⁶.

La anterior óptica debe ser tenida en cuenta por el juez al momento de verificar si se configura o no la responsabilidad de la Administración en cada caso concreto, sea cual fuere el título de imputación que se emplee.

Atendiendo a lo anterior, las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado, por sus hechos u omisiones, son las siguientes:

- Un daño antijurídico indemnizable y
- Un juicio de imputación desde un punto de vista fáctico y jurídico.

En cuanto al **daño**, según el profesor Juan Carlos Henao, se define como:

(...) toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil – imputación y fundamento del deber de reparar- se encuentran reunidos¹⁷

Cuando en el caso se ha determinado la existencia del daño es menester deducir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede o no calificarse como **antijurídico**, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado. En este último evento, el juzgador se releva de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado.

El daño por el cual se reclama el resarcimiento, además debe tener la característica de ser **indemnizable**; en este sentido su reparación debe tener

¹⁶ Ley 446 de 1998, artículo 16.

¹⁷ JC Henao, artículo Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado, publicado en La responsabilidad extracontractual del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2016.

como objetivo dejar indemne a quien lo padece como si el daño nunca hubiera ocurrido o en el estado más próximo.

El **Juicio de Imputación** desde un punto de vista fáctico, abarca la relación de causalidad entre el hecho u omisión alegado y demostrado con el perjuicio experimentado y probado. Debe existir un vínculo de naturaleza directa, que no sea lógicamente posible suponer la existencia del daño sin la falla, demostrándose que el perjuicio provino necesariamente de las actuaciones u omisiones de la administración con un nexo de causa a efecto; es decir, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Según el principio de la causalidad, la causa produce su efecto¹⁸.

Esa relación de causalidad no existe o se rompe, cuando se prueba una causa extraña a la administración, la cual se torna en eximente total o parcial de la responsabilidad. Sucede cuando en la producción del daño interviene la culpa de la propia víctima, el hecho de un tercero o una circunstancia de fuerza mayor, casos en los cuales no cabe deducir la responsabilidad de la administración estatal.

Desde el punto de vista jurídico, conforme con la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁹ la imputación también abarca el estudio del fundamento del deber de reparar esto es, “el título jurídico de imputación”, así en providencia del 18 de febrero de 2010, (exp 18274), puntualizó:

De otro lado, la concreción de la imputación fáctico no supone por sí misma el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere de un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico, existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios, bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas.

Se ha establecido jurisprudencialmente también, que es al Juzgador a quien corresponde, por aplicación del principio *iura novit curia* (el Juez conoce el

¹⁸ Alberto Tamayo Lombana, La responsabilidad civil extracontractual y la contractual, pág. 91

¹⁹ Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia del 18 de enero de 2012. Exp 19910.

derecho) y una vez sopesados los elementos de convicción aportados al proceso, determinar cuál es el régimen de responsabilidad que corresponde aplicar en cada caso concreto. Para ello, debe tener en cuenta los tres regímenes que la jurisprudencia ha desarrollado: falla en el servicio, riesgo excepcional y daño especial, cuyo fundamento normativo ha explicado el Consejo de Estado en sentencia del 8 de mayo de 1995 (exp. 8118) en los siguientes términos:

Mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, “los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (art. 28, ley 80 de 1993), en la extracontractual lo serán además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexa con el servicio, prevista, para citar disposiciones en el inciso 2° del artículo 90 de la C.N. y en el 77 del C.C.A.; la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la C.N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95, n° 9, y 216 de la C.N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo por la Ley 104 de 1993 o en el Decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del C.P.C.; 414 del C.P.P., etc.) la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia y equidad como este del no enriquecimiento sin causa.²⁰

Con base en estas consideraciones se abordará lo que concierne al régimen de responsabilidad aplicable en el caso específico.

4. Solución al caso concreto:

4.1 El daño.

Comprendido como el primer elemento en un juicio de responsabilidad, en el asunto se deriva del fallecimiento del señor José Aristóbulo Vargas Bedoya el 25 de febrero de 2015; este hecho se encuentra acreditado con el registro de defunción aportado con la demanda²¹.

A continuación, se abordará el análisis del segundo elemento, la imputación a las entidades demandadas.

4.2 Imputación del daño a las accionadas.

²⁰Jurisprudencia citada por M.C M'Cauleland Sánchez, artículo: Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades; publicado en La responsabilidad extracontractual del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2016.

²¹ Página 36 archivo 01

4.2.1 Análisis Jurisprudencial. Régimen de responsabilidad aplicable:

Sobre el régimen de responsabilidad aplicable por la prestación del servicio médico el Consejo de Estado ha establecido que el régimen jurídico por excelencia es el de falla en el servicio, salvo contadas excepciones que la jurisprudencia del Alto Tribunal ha decantado en su jurisprudencia²².

En casos como el que aquí se plantea, el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ha precisado con relación al régimen de responsabilidad:

(...) La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste.

En materia médica, para que pueda predicarse la existencia de una falla, la Sala ha precisado que es necesario que se demuestre que la atención no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance (...) ²³.

Conforme con el análisis realizado por la Sección Tercera del Alto Tribunal, además de la existencia de un daño antijurídico, debe demostrarse que el servicio médico no cumplió con los estándares de calidad exigidos al momento de la ocurrencia del daño; igualmente, habrá de demostrarse que el prestador no fue diligente empleando todos los medios con los que disponía para brindar el servicio médico.

Una vez presentes tales elementos, la entidad demandada solo podrá exonerarse de una declaratoria de responsabilidad si prueba que su actuación fue oportuna, prudente, diligente y con pericia, en otras palabras, que no hubo falla del servicio o; si logra romper el nexo causal, mediante la acreditación de una causa extraña: fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o, hecho también exclusivo y determinante de un tercero.

²² Sentencia del 25 de marzo de 2011, C.P Enrique Gil Botero, exp 20836.

²³ Sección Tercera, sentencia del 15 de marzo de 2015, C.P Danilo Rojas Betancur; exp 30102

El fundamento constitucional de este título de imputación es el artículo 2 de la Carta Política que describe los fines esenciales del Estado, tal y como ha sido explicado la jurisprudencial en materia contencioso administrativa. Este órgano también ha señalado que la falla en el servicio puede consistir en el incumplimiento de las obligaciones consagradas no sólo en esta disposición del orden constitucional, sino también en normas que regulan temas específicos. Como consecuencia de la aplicación de un régimen subjetivo es que la prueba de la falla, que pueda estar representada en el descuido, impericia, violación a reglamentos y en general el desconocimiento al deber objetivo de cuidado, está a cargo de la parte demandante con base en el marco normativo aplicable.

En un momento dado de la evolución jurisprudencial el Consejo de Estado llevó a analizar la responsabilidad médica bajo los postulados de la falla presunta que trasladaba la carga de la prueba a la entidad de demandada y especialmente a los médicos, quienes debían probar haber cumplido una conducta carente de culpa²⁴. Sin embargo, como ya se mencionó, en la actualidad no existe discusión de que casos como el que hoy se decide deben ser analizados por regla general dentro de los márgenes de responsabilidad subjetiva y salvo contadas excepciones decantadas por el Alto Tribuna en su jurisprudencia²⁵, es procedente la aplicación de un título objetivo bajo los planteamientos del denominado riesgo excepcional.

Entre los eventos en los que resulta procedente aplicar un régimen de responsabilidad objetivo, en la sentencia del 25 de marzo de 2011 el Consejo de Estado describe:

Cuando se usan o se apliquen procedimientos o tratamientos, siempre que la herramienta de riesgo cause el daño de manera directa o por ella misma, es decir, sin que haya habido una ejecución irregular del acto médico.

Cuando se usan medicamentos o se apliquen tratamientos o procedimientos novedosos, cuyas consecuencias o secuelas a largo plazo se desconocen.

Cuando en el acto médico se emplean sustancias peligrosas (como las usadas en la medicina nuclear)

Cuando se aplican vacunas, “porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los distintos organismos.

²⁴ Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 1992 C.P Daniel Suárez Hernández; exp 6897

²⁵ Sentencia del 25 de marzo de 2011, C.P Enrique Gil Botero, exp 20836.

Cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria.

Cuando el daño “se irroga por la cosa misma sin que medie el acto humano, circunstancias en las que, al margen del riesgo el elemento la responsabilidad es objetiva”.²⁶

Conforme al texto de la demanda la reclamación por responsabilidad médica se fundamenta en una presunta falla en el servicio derivada de la falta de oportunidad en la atención médica brindada al actor; en esta hipótesis no resulta aplicable el régimen objetivo de daño especial.

Claro lo anterior a continuación se analizará la responsabilidad de la entidad demandada.

La actuación de las accionadas.

Para establecer la existencia de la falla en el servicio médico alegada por la parte actora a continuación se abordarán las pruebas recaudadas en el proceso sobre la actuación de las entidades demandadas.

Historia clínica E.S.E Hospital La Merced:

Fecha de atención: 29/01/2015

(...)

Motivo de la Consulta: “ESTA MUY DECAIDO Y NO DA DEL CUERPO”

Enfermedad actual: PACIENTE DE 85 AÑOS DE EDAD QUE ASISTE EL DIA DE HOY EN SILLA DE RUEDAS TRAI DO POR FAMILIARES POR CUADRO DE VARIOS DIAS DE EVOLUCION CONSISTENTES EN MALESTAR GENERAL, DECAIMIENTO, ORINA HIPERCOLOREADA DE MAL OLOR Y REFIERE ESTREÑIMIENTO DE 3 DÍAS, FIEBRE SUBJETIVA E HIPREXIA, ANTECEDENTE DE HTA EN CONTROLES, NIEGAN TOXICOLALERGICO.

(...)

Otros Hallazgos: (...)

Abdomen: BLANDO, DEPRESIBLE, GLOBOSO, ABUNDANTE PANICULO A DIPOSO, NO SE PALPA GLOBO VESICAL, SON APARTENTE DOLOR A LA PALPACIÓN, PERITASTILMO PRESENTE (...)

Fecha 04/02/2015

²⁶ M.C M’Causland Sánchez, artículo: Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades; publicado en La responsabilidad extracontractual del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2016.

Descripción: 1. SE REMITE PARA UNIDAD DE CUIDADOS INTERMEDIOS EN CLÍNICA SUVIDA(MANIZALES) RECIBE DR ANDRES SÁNCHEZ.

Remisiones. Lunes 2 de febrero de 2015. (...)

Ordenamiento: PACIENTE DE 85 AÑOS QUIEN CONSULTA EL 29 DE ENERO POR SENTIRSE "DESALENTADO" Y ORINAS TURBIAS, HIPERCOLOREADAS Y FETIDAS, AL EXAMEN FÍSICO SE APRECIA DISTENSIÓN ABDOMINAL PUÑO PERCUSIÓN RENAL DERECHA POSITIVA. RESTO DE EXAMEN SIN ALTERACIONES. SE TOMAN PARACLÍNICOS ASÍ: (...) SE DEJA EN HOSPITALIZACIÓN Y DURANTE SU ESTANCIA SE IDENTIFICA DELIRIUM DE TIPO MIXTO, FLUCUTACION EN SU ESTADO DE CONSCIENCIA, INATENICON, CAMBIO DE HABITO DE SUEÑO, A VECES CON TAQUILALIA Y OTRAS VECES MUTISTA. (...) POR LO ANTERIOR SE CONSIDERA PACIENTE CON SIRS, EN DELIRIUM Y SIN FOCO INFECCIONSO EVIDENTE POR LO CUAL SE HACE NECEARIO VALORAICON Y MANEJO EN UN NIVEL MAYOR EN ATENCIÓN.

Historia Clínica Su Vida²⁷.

EVOLUCIONES

2015-02-04 12:58 ESPECIALIDAD: CIRUJANO GENERAL

PACIENTE EN NOVENA DECADA DE LA VIDA, CON ANTECEDENTES POCO CLAROS DE HTA. EPOC, PROSTATISMO?, QUIEN DEBUTA CON CUADRO DE MALESTAR GENERAL, DISTENCION Y DOLOR ABDOMINAL Y ORINAS HIPERCOLOREADAS, SE INTERPRETA COMO IVU Y SE INICIA MANEJO ANTIOTBIOTICO. AHORA CON RESPUESTA INFLAMATORIA ACTIVA, HAY MURPHY AL EXAMEN FÍSICO. SOSPECHO QUE EL CUADRO ES MAS ABDOMINAL. SE DECIDE INICAR MANEJO EMPÍRICO CON ANTOBIÓTICO, SE SS ECOGRAFÍA ABDOMINAL, RX DE TORAX Y PARACLINICOS DE IGRESO, SE JUSTIFICA CTC DE APOSTUO TRANSPARETE DE 6X7CM

20:19 ESPECIALIDAD: CIRUJANO GENERAL.

(...) DIAGNOSTICOA

HTA

EPO NO ESTRATIFICADO IVU?? COLIECISTITIS AGUDA:

ECOGRAFIA DE ABDOMEN:

COLIEICISTITIS AGUDA

²⁷ Archivo 37

FIBROSIS RENAL BILATERAL
QUISTE SIMPLE DE RIÑON DERECHO
DUPLICIDAD DE SISTEMA EXCRETOR IZQ (...)

2015-02-10 (...) 11:48 ESPECIALIDAD: MEDICO INTENSIVISTA

(...) ANÁLISIS:

CUADRO DE SEPSIS DE ORIGEN BILIAR, CON CEVERO COMPROMISO GENERAL, DISFUNCION ORGANICA MÚLTIPLE CHOQUE SECUNDARIO, HAY MEJORIA Y SE HA INICIADO DESMONTE GRADUAL DE SOPORTES AVANZADOS, BUENA TOLERANCIA A LA NUTRICION ENTERAL, AUN EN PROCESO DE ESTABLIIZACION QUE JUSTIFICA MONITOREO Y MANEJO DE CUIDADO INTENSIVO.

2015-02-24 (...) 20-06 ESPECIALIDAD MEDICO INTENSIVISTA

(...)

ANÁLISIS: PACIENTE SOMNOLIENTO, SE RELACIONA MUY POCO, CON DELIRIO HIPOACTIVO, TOLERANDO CON RESPIRACION MUY SUPERFICIAL, CON ALTO RIESGO DE FALLA RESPIRATORIA, AUN CON RESPIRACION MUY SUPERFICIAL., LOS GASES CON TRASTORNO MODERADO CE LA OXIGENACION, MAÑANA SERÁ LLEADO A CPRE, EL DREN ABDOMINAL ESTRA PRODUCTIVO, PRODUCE SANGRE OSCURA (...) AUN SOPORTADO CON NORADENALINA, BUENA DIURESIS, ESTA SEMANA SE INICIO NUEVO ESQUEMA ANTIBIOTICO AUN CON HIPERNATEMIA QUE SE ESTA CORRIGIENDO. DEFICIT DE POTACIO CORREGIDO. EL PRONOSTICO ES RESERVADO, LA FAMILIA ESTA ENTERADA DEL ESTADO DEL ENFERMO.

(...)

2015-02-25 (...) 16-01 ESPECIALDAD CIRUJANO GENERAL

SE RECIBE LLAMADO DEL SES, QUIENES REFIEREN QUE DURANTE EL PROCEDIMIENTO PRESENTA PARO CARDIACO, ACTIVIDAD ELECTRICA SIN PULSO DESPUES DE INICIO DE LA ENDOSCOPIA, NO SE REALIZAN MANIOBRAS DE REANIMACIO. SE GENERA CERTIFICACION DE DEFUNCION.

LISTADO DE NOTAS DE ENFERMERÍA

(...)

2015-02-25 (...) 13:57 tcastrillón- TATAIAN CASTRILLON ESCOBAR

PACIENTE QUE SALE DE LA UNIDAD SIENDO LAS 08:30 AM PARA CRE EN AMBULANCIA MEDICALIZADA DE CODIGO AZUL EN APARENTE

ESTABLE CONDICION GENERAL, DESPIERTO, AFEBRIL, EN RITMO SINUSAL, TENDIENTE A LA HIPERENSION ARTERIAL SISTOLICA CON NORADRENALIZAN QUE SE ENCONTRABA A 0.15 MCG/K/MIN INICANDOSE DESMONTE LENTO DE DICHA INFUSION POR ADECUADAS CIFRAS TENSIONALES, SE ADMINISTRA DOSIS UNICA DE UNA AMPOLLA DE VITAMINA K EN 100 CC E SOLUCION SALINA NORMAL SIN NINGUN TIPO DE COMPLICACIÓN. PACIENTE SALE CON DOS BOMBAS DE INFUSION CON SOLUCION SALINA NORMAL A 60 CC/H SIENDO LAS 11:00 LLAMA EL MEDICO DE LA AMBULANCIA INFORMADO QUE DURANTE LA INDUCCION DE ANESTECIA PARA EL PROCEDIMIENTO EL PACIENTRE ENTRA EN CODIGO AZUL Y FALLECE, QEDAN ENVIAR REOPORTE DE LO SUCEDIDO PARA DILIGENCIAR EN ESTA INSTITUCION CERTIFICADO DE DEFUNCION ESTO SEGÚN DIRECTRÍS DADA POR LA SECRETARIA DE SALUD A UN NO HAN TRAIIDO DICHO INFORME (...)

De las historias clínicas aportadas al expediente se evidencia que, inicialmente el señor José Aristóbulo Vargas Bedoya fue atendido por **la E.S.E. Hospital de La Merced** y estuvo hospitalizado entre el 29 de enero y el 04 de febrero de 2015; para el 02 de febrero se ordenó la remisión del paciente a un nivel de mayor complejidad.

Entre el 04 de febrero y el 25 de febrero de 2015 el paciente recibió atención médica en la Clínica Su Vida; sin embargo, el señor Vargas Bedoya falleció en el S.E.S. Servicios Especiales de Salud mientras se le suministraba la anestesia para luego practicarle una endoscopia.

Informe pericial del Instituto nacional de Medicina Legal y ciencias Forense. Unidad básica de Supía²⁸.

CONCLUSIÓN.

- Se trata de un hombre adulto mayor de 85 años. Adulto mayor extremo con antecedentes importantes de enfermedad cardiovascular, enfermedad biliar crónica y al parecer enfermedad prostática sin información suficiente respecto a los controles médicos previos.
- Paciente con síntomas urinarios y generales con diagnóstico de infección de vías urinarias evidenciada en los exámenes de laboratorio iniciales con mejoría clínica y paraclínica posterior al inicio del tratamiento médico en el hospital La Merced.

²⁸ Archivo 29

- Durante la estancia en el hospital la Merced el paciente presentó síntomas abdominales [dolor y distensión] con fiebre y luego alteraciones mentales [delirio], se sospechó sepsis por lo que se determinó remisión debido a limitaciones técnicas y tecnológicas propias de una institución de primer nivel para orientar el diagnóstico y las conductas médicas derivadas.
- El paciente fue remitido a una institución de salud de tercer nivel dos días después sin tenerse información concreta respecto a cuáles fueron los factores que determinaron la demora en el traslado, teniendo en cuenta la PES a la que estaba afiliado el señor José Aristóbulo, podrían considerarse una situación administrativa [problemas con la red de atención] o problemas de disponibilidad de camas para cuidado intensivo.
- El paciente presentó complicaciones infecciosas de origen biliar las cuales requirieron manejo especializado en unidad de cuidado intensivo con un pobre pronóstico debido a las condiciones del paciente sin embargo presentó recuperación clínica de su estado séptico luego de muchos días de estancia hospitalaria.
- El fallecimiento del señor José Aristóbulo se presentó durante la realización de la CPRE sin tenerse información del cuadro clínico pues no se aportó la historia clínica del SES Hospital de Caldas, se considera que por las condiciones del paciente y la naturaleza del procedimiento pudo haberse presentado un evento coronario [infarto agudo del miocardio].
- Se considera que los factores principales que determinaron las complicaciones y muerte del señor José Aristóbulo Vargas fueron la edad extrema y las comorbilidades que tenía al momento de presentar el cuadro urinario y el cuadro biliar, no se descartan otros factores como la demora en la consulta inicial, problemas con el traslado o las limitaciones del hospital La Merced, pero para este paciente no hay elementos de juicio suficientes para definir como una sola la causa la responsable del desenlace del caso.
- De acuerdo a lo consignado en la historia clínica aportada, los tratamientos y diagnósticos están ajustados a las condiciones humanas, técnicas y tecnológicas de cada una de las instituciones donde fue atendido el señor José Aristóbulo Vargas.

RESPUESTA A INTERROGANTES ESPECÍFICOS.

- Indique si el equipo médico del hospital actuó de manera indicada dentro de la atención brindada al señor José Aristóbulo Vargas bedoya. Se considera que el equipo medico actuó de manera adecuada. Lo primero, frente a los síntomas y resultados de laboratorio determinó una hospitalización que fue una conducta acertada teniendo en cuenta la edad

del paciente y la impresión diagnóstica de ingreso. Se inició manejo antibiótico empírico como se recomienda, manejo de síntomas generales y se dio continuidad a los tratamientos para enfermedades crónicas; se hicieron controles de laboratorio y se determinó remisión a un tercer nivel de atención cuando se evidenciaron cambios clínicos e inadecuada respuesta terapéutica.

- Indique si el hospital prestó todos los servicios de salud al señor José Aristóbulo Vargas Bedoya, los cuales se requieren en dicho nivel de complejidad. El hospital La Merced brindó los servicios de manera oportuna y adecuada de acuerdo a sus condiciones humanas, científicas y tecnológicas. Considero que no hubo otras posibilidades y por lo tanto la remisión del paciente fue la decisión acertada al no contar con más recursos para continuar la atención del señor José Aristóbulo Vargas.
- Indique si el procedimiento utilizado por el equipo de trabajo en la atención del señor José Aristóbulo Vargas Bedoya fue realizado de la manera indicada y si fue acorde con las normas de prestación de servicio. Se considera que el hospital La Merced prestó una atención acorde con las normas que rigen las instituciones de primer nivel de atención en salud en el País.

COMENTARIOS

- Teniendo en cuenta que el señor José Aristóbulo Vargas presentaba al momento de la atención en el servicio de urgencias y durante la última hospitalización varias patologías crónicas, es necesario considerar la historia previa respecto de los hábitos y el cuidado de su salud tanto de forma personal como familiar, pues los hallazgos relatados en la historia clínica están relacionados con enfermedades de vieja data, por lo tanto es necesario determinar si el paciente tenía controlada de manera adecuada enfermedades como la hipertensión arterial, la enfermedad pulmonar obstructiva crónica y la colelitiasis.
- Se menciona en otros documentos del expediente demoras en la atención y determinación de conductas médicas las cuales afectaron la salud del paciente; sin embargo, en la historia clínica se menciona que los síntomas que presentaba por los cuales consultaron a urgencias llevaba varios días de evolución, situación que también determinó la complicación y fallecimiento del señor José Aristóbulo Vargas y cuya responsabilidad recae sobre el paciente y su familia por lo que no se puede adjudicar la responsabilidad de todo lo ocurrido exclusivamente a la institución y al personal de salud.
- Frente a la edad del señor José Aristóbulo Vargas y las condiciones médicas que presentaba se puede decir que el riesgo de complicaciones y

muerte era elevado en cualquier escenario quirúrgico [ambulatorio/urgencias].

El anterior dictamen es claro y preciso y según su contenido tuvo como fuente las historias clínicas tanto de la **E.S.E. Hospital La Merced** como de la Clínica Su Vida; a pesar de que el perito advirtió que no se allegó la historia clínica del S.E.S. Servicios Especiales de Salud que fue la entidad donde finalmente el paciente falleció. Esta afirmación se corrobora al revisar el contenido del expediente observándose que ni en la demanda, ni dentro de las pruebas practicadas en la etapa probatoria se solicitó este documento.

Teniendo en cuenta que el dictamen fue válidamente incorporado y frente al mismo no se presentaron otras pruebas que controviertan su contenido, el Juzgado le concede valor probatorio en este proceso judicial.

De las anteriores pruebas se infiere que la parte actora no logró acreditar la existencia de una falla en el servicio de salud atribuible a las accionadas, por las siguientes razones:

La demanda se fundamenta principalmente en un presunto error de diagnóstico que le quitó posibilidades de sobrevivida al señor José Aristóbulo Vargas Bedoya que la **E.S.E. Hospital de La Merced** sí contaba con los recursos humanos y tecnológicos para llegar más rápidamente al diagnóstico de colecistitis, y en su lugar concluyó que la sintomatología correspondía a una infección de vías urinarias e inició un tratamiento empírico.

Sobre estas circunstancias el informe del doctor Leonardo Mejía Zuluaga es claro en concluir que la entidad puso a disposición del paciente todas las condiciones humanas, científicas y tecnológicas con que se cuenta en el primer nivel de atención en salud; es precisamente el nivel básico al que pertenece la **E.S.E. Hospital de La Merced**.

La parte actora reclama que pudo haberse practicado al paciente una ecografía, calificándola como un examen básico que le hubiera permitido llegar al diagnóstico de colecistitis de manera más rápida; sin embargo, el doctor Mejía Zuluaga explicó en la audiencia de pruebas que “(...) en hospitales del primer nivel un examen de ecografía no es que está disponible (...) normalmente los hospitales de primer nivel no manejan especialistas (...)el nivel del hospital no da para ecografía (...)”.

Esta afirmación está respaldada legalmente por el contenido del decreto 1760 de 1990, por el cual se establecen y definen los niveles de atención, tipo de servicios y grados de complejidad, que en su artículo 6, caracteriza el primer nivel con los siguientes criterios, entre otros:

d) Tecnología de baja complejidad, sencilla y simple de utilizar en la consulta externa, hospitalización, urgencias y los servicios de apoyo para diagnóstico y tratamiento de problemas de salud de menor severidad.

e) Atención por personal profesional general, técnico y auxiliar.

De esta manera, la obligación de la **E.S.E. Hospital La Merced** se concreta en adelantar todas las gestiones pertinentes para remitir al paciente a un hospital de un nivel superior de atención.

En este punto el Juzgado advierte, con base en la historia clínica, que el personal médico de la accionada dispuso la remisión del paciente desde el 02 de febrero de 2015 y, no obstante, esta solamente se concretó dos días después. En el expediente no existen pruebas o argumentos por parte de la E.S.E. o del Par Caprecom Liquidado para explicar la demora de dos días.

A pesar de lo anterior, la parte actora no fundamenta una falla en el servicio en este aspecto, pero, aunque lo hubiese efectuado, tampoco se encuentra acreditado que esta circunstancia por sí sola configure una pérdida de oportunidad para el paciente. Al respecto el perito explicó durante la sustentación del dictamen:

¿Si al señor a se le hubiese podido practicar de manera oportuna teniendo en cuenta que llevaba 6 o 7 días de evolución hubiese sido posible (...) mayor oportunidad de sobrevida (...)? hubiesen sido muy similares porque cualquier procedimiento quirúrgico en abdomen es susceptible que termine en peritonitis sobre todo en los procedimiento en donde hay intervención de las vísceras huecas (...) la complicación es una posibilidad alta, por lo mismo porque tenía una edad avanzada porque tenía patologías previas (...) puede que de pronto no haya digamos que es muy poquita la diferencia.(...) el riesgo de una peritonitis lo hay (...) igual el riesgo es muy alto en cualquier procedimiento así sea ambulatorio (...)

¿Si se puede hacer un procedimiento, el indicado, más temprano que tarde tiene más oportunidad o menos oportunidad? Si claro tiene más oportunidad porque al menos las condiciones para realizar el procedimiento son mejores

(...) los cálculos en la vesícula son una patología que puede producirse durante años (...) en ese caso los procedimientos se pueden programar con todo el tiempo del mundo, digamos sin tener que correr, (...) pero dependiendo obviamente la edad (...) esos riesgos van aumentando (...) la cirugía de vesicular tiene una respuesta muy adecuada si se hace de manera adecuada (...) idealmente con cualquier dolor abdominal que le manden una ecografía años antes (...)

Conforme lo explica el profesional de la medicina, la edad avanzada del señor José Aristóbulo Vargas Bedoya y las patologías previas representaban por sí mismas factores que aumentaban el riesgo de que la colecistitis derivara en una peritonitis. Es por esta razón que la demora de dos días en concretarse la remisión a un nivel de complejidad más alto, evaluada aisladamente, no tiene la capacidad de producir el resultado final representado en el fallecimiento del paciente.

En consecuencia, se descarta la responsabilidad del **Par Caprecom Liquidado**, dado que el anterior fue el único argumento expuesto en la demanda que se relaciona con las funciones de la Entidad Promotora de Salud a la cual se encontraba afiliado el accionante.

Finalmente, en los alegatos de conclusión la parte demandante reclama que la **E.S.E. Hospital de La Merced** sí tuvo la oportunidad de practicar exámenes de sangre para llegar al diagnóstico acertado, específicamente pruebas de función hepática. Este argumento no fue expuesto desde la presentación de la demanda y por tanto, la parte actora no puede sorprender a las entidades accionadas cambiando el fundamento de la presunta falla en el servicio; ello equivale a vulnerar el derecho a una defensa tanto del hospital como de la Entidad Promotora de Salud vinculadas al proceso.

Adicionalmente, se reitera que conforme a la prueba pericial la atención brindada al paciente en la **E.S.E. Hospital La Merced** fue adecuada teniendo en cuenta que se trata de una institución del primer nivel de atención; los síntomas que presentaba el señor Vargas Bedoya no necesariamente podrían corresponder con una colecistitis y bien podrían confundirse con una infección urinaria, como inicialmente se consideró en la entidad accionada.

Tal como lo señalaron las accionantes María Edelmira Gutiérrez; María Edelmira Vargas Gutiérrez, la víctima directa ya presentaba por lo menos una patología previa consistente en hipertensión:

María Edelmira Gutiérrez: ¿Usted recuerda cuales eran las enfermedades del señor José Aristóbulo? él era hipertenso.

María Edelmira Vargas Gutiérrez: ¿El señor José Aristóbulo tiene enfermedades (...)? solo hipertenso

Esta patología, unida a la edad avanzada del señor Vargas Bedoya, fueron condiciones que restaron posibilidades de que el procedimiento quirúrgico realizado de urgencia fuera exitoso. Ello sin descartar que la tardanza en asistir a la E.S.E. por parte del paciente y sus familiares también pudo contribuir en el resultado final.

Los anteriores argumentos fundamentan una decisión adversa a las pretensiones de la parte actora.

5. Conclusión.

La parte actora no cumplió con la carga impuesta por el artículo 167 del Código General del Proceso y no acreditó la existencia de una omisión o acción negligente o irregular atribuible a la accionada.

La accionada **E.S.E. Hospital La Merced** demostró que atendió al paciente de manera adecuada conforme al primer nivel de complejidad; en ese sentido su obligación se sintetizaba en brindar una atención básica y proceder a remitir al paciente a un nivel de atención superior. A pesar de que cumplió con estos deberes, el señor José Aristóbulo Vargas Bedoya fallece.

De igual manera, el paciente prestaba dos condiciones representadas en la edad y su patología previa, que aumentaron el riesgo del procedimiento quirúrgico y las probabilidades de sobrevivir a la intervención.

En coherencia con lo concluido, con la presente providencia se declararán probadas las excepciones “Ausencia de nexo de causalidad”, “Inexistencia de falla en la prestación del servicio médico, actuación ajustada a la lex artis y a los protocolos de atención según los niveles de complejidad autorizados para la entidad” propuestas por la **E.S.E. Hospital La Merced** y “Ausencia de imputación fáctica y jurídica del daño a mi representada” propuesta por el **Par Caprecom Liquidado**.

Dado que no se acredita la responsabilidad de **la E.S.E. Hospital La Merced**, no es necesario analizar los medios defensivos propuestos por la llamada en garantía **Seguros del Estado S.A.**

6. Condena en costas

Con fundamento en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condena en costas a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General de Proceso.

Lo anterior, conforme con pronunciamientos del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa²⁹, en donde se advierte la necesidad de atender al criterio objetivo-valorativo al momento de estudiar sobre la imposición de costas, y por cuanto se generaron gastos procesales y se advierte la gestión de los apoderados de las accionadas en cada una de las etapas del proceso. Se fijan Agencias en derecho por el 4% del valor de las pretensiones pecuniarias, suma equivalente a trece millones setecientos ochenta y nueve mil cien pesos (\$13.769.100)³⁰.

La liquidación de las costas, se efectuará por la Secretaría del Despacho en los términos señalados en el artículo 366 del C.G.P.

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 la falta de legitimación en la causa por pasiva del **municipio de La Merced**.

Segundo: Declarar probadas las excepciones “Ausencia de nexo de causalidad”, “Inexistencia de falla en la prestación del servicio médico, actuación ajustada a la lex artis y a los protocolos de atención según los niveles de complejidad autorizados para la entidad” propuestas por la **E.S.E. Hospital La Merced** y “Ausencia de imputación fáctica y jurídica del daño a mi representada” propuesta por el **Par Caprecom Liquidado**.

²⁹ 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).

³⁰ Según el Acuerdo No. PSAA-10-554 de 2016 que rige para los procesos iniciados a partir de su vigencia.

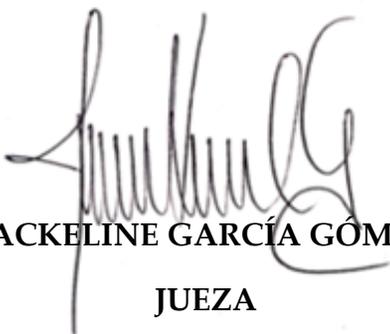
Tercero: Negar las pretensiones de la demanda por lo explicado en la parte considerativa de este fallo.

Cuarto: Condénese en costas a la parte demandante conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia. La liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso.

Quinto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del C.P.A.C.A.

Sexto: Ejecutoriada esta providencia, liquidense los gastos del proceso, devuélvase los remanentes si los hubiere y archívense las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el aplicativo Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

Pcr/P.U

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 04/07/2023


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, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA Nro.: 157/2023

Medio de Control: Reparación Directa

Actor(a): Luis Humberto Ríos Quiceno y otros

Accionado: Municipio de Villamaría y Corpocaldas

Radicado: 17-001-33-39-007-2018-00297-00

Instancia: Primera

En los términos del inciso final del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo C.P.A.C.A. y teniendo en cuenta que no se advierten irregularidades que afecten o vicien el trámite del proceso, 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 la audiencia inicial respecto a las excepciones y la fijación del litigio.

Antecedentes:

1. La demanda

Por intermedio de apoderado judicial **Luis Humberto Ríos Quiceno, Cecilia López Marín, Cristian Camilo Ríos López y Yeni Paola Ríos López**, en ejercicio del medio de control de Reparación Directa, demandaron al **municipio de**

Villamaría y a la Corporación Autónoma Regional de Caldas en adelante Corpocaldas, solicitando lo siguiente¹:

PRIMERO: Declarar administrativa y extracontractualmente responsable al municipio de Villamaría (caldas) y a la Corporación Autónoma Regional de Caldas CORPOCALDAS, por la falla en el servicio con motivo de la pérdida del bien inmueble propiedad del señor LUIS HUMBERTO RÍOS QUICENO, Y EN LA CUAL HABITABA SU FAMILIA, por la (omisión) en la prevención de desastres, debido al suceso ocurrido el día 19 de abril de 2017, por la posterior demolición de dicho bien de parte del municipio el día 26 de abril, como bien se prueba en los documentos aportados, siendo esta afectada la familia directa.

SEGUNDO: Que a favor de mis prohijados (...) se cancelen a título de reparación integral, los dineros derivados de los daños y perjuicios que fueron ocasionado por la (OMISIÓN) de la administración municipal, teniendo como consecuencia la pérdida del bien inmueble identificado en el acápite de los hechos, y por las pruebas aportadas, por el deslizamiento de tierra presentado el día 19 de abril del año 2018. De la siguiente manera.

1. Por perjuicios materiales:

1.1 (...) a título de reparación el valor del bien inmueble objeto del siniestro la cual estimo en un valor de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS MCTE (150.000), por los hechos acaecidos para la fecha del 19 de abril de 2017 (...) y que al momento de la sentencia se tenga en cuenta la correspondiente indexación del valor estimado del bien.

1.2 (...) la suma de DIEZ MILLONES MCTE (\$10.000.000), por la pérdida de sus enceres, los cuales no tuvieron tiempo de sacar de su vivienda, toda vez que el municipio de Villamaría no se los permitió.

2. Por perjuicios morales

2.1 Para mi prohijado LUIS HUMBERTO RÍOS QUICENO, la suma de 100 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES VIGENTES (...).

2.2 Para mi prohijada CECILIA LÓPEZ MARÍN la suma de 100 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES VIGENTES (...).

2.3 Para YENI PAOLA RÍOS LÓPEZ la suma de 100 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES VIGENTES (...).

2.4 Para CRISTIAN CAMILO RÍOS LÓPEZ la suma de 100 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES VIGENTES (...).

¹ Páginas 30 a 32 archivo 01

TERCERO: Que a favor de mis prohijados se desembolsen los dineros para la reconstrucción del bien inmueble en el terreno de su propiedad, bien inmueble que fue demolido con celeridad por orden de la administración de Villamaría quien realizó la respectiva acción con resolución No 180 del año 2017, o para su defecto, que se desembolsen los dineros para la compra de un bien inmueble con las características que tenía el bien en comento.

CUARTO: Que se ordene a la administración de Villamaría, a la corporación autónoma regional de Caldas (CORPOCALDAS) o en su defecto a la entidad correspondiente, para que se de inicio a los trámites pertinentes, y se realicen los trabajos de mitigación del riesgo Para los bienes colindantes, como es la construcción de una pantalla con las especificaciones entregadas por Corpocaldas en su momento a la alcaldía del municipio de Villamaría en la parte posterior del terreno en la cual se encontraba el bien inmueble de propiedad de mi prohijado LUIS HUMBERTO RIOS QUICENO y requiere ser adecuado para la construcción del bien inmueble.

QUINTO: Que sea usted señor Juez administrativo quien establezca la sanción al comité de conciliación y defensa judicial del municipio de Villamaría- Caldas, tal como lo aduce la Procuraduría 70 judicial para asuntos administrativos en la constancia REG-IN-CE-006 en la providencia proferida el día 24 de enero del año 2018, en el numeral 4 de este oficio.

SEXTO: que se condene en costas a las entidades demandadas.

Las pretensiones de la demanda se fundamentan en los hechos que a continuación se resumen:

Los demandantes habitaron por más de 35 años el inmueble ubicado en entre calles 8 y 9 sector denominado Alto del Portón. En diciembre de 2013, el cuerpo de bomberos del municipio realizó una visita al inmueble por un desprendimiento de tierra que afectó un muro y la puerta de la vivienda.

El 21 de octubre de 2015, Corpocaldas también realiza una visita realizando algunas recomendaciones y exhortando al municipio para que hiciera monitoreo y tomara las acciones pertinentes para la gestión y prevención del riesgo.

En respuesta a derecho de petición del 05 de diciembre de 2015, la autoridad ambiental vuelve a formular recomendaciones e indica que se debe priorizar el sitio afectado. El 11 de agosto de 2016, nuevamente se dirige derecho de

petición a Corpocaldas por parte de los vecinos del sector manifestando la preocupación por el desprendimiento de tierras que ponía en riesgo a las familias. En respuesta a ello, una vez más se indican las obras que deben realizarse en el sitio. Para el 23 de agosto de 2016, se realiza visita por funcionarios del municipio de Villamaría y se realiza un informe.

El 19 de abril de 2017, debido a las fuertes lluvias, se produjo un desprendimiento de tierra que ocasionó daños a la vivienda de los accionantes generando la pérdida del 50% del inmueble; las autoridades municipales expiden orden de evacuación sin que tuvieran oportunidad de sacar sus enceres. Mediante Resolución No 180 de 2017, se ordenó la demolición de la vivienda debido a los graves daños causados por el desprendimiento de tierra; esta orden se materializó el 25 de abril del mismo año.

En el mes de febrero de 2018, los demandantes empezaron a construir una ramada en el lote donde quedaba su casa y desde el mes de mayo del mismo año la están habitando.

Fundamentos jurídicos.

Indica los fundamentos constitucionales de la responsabilidad estatal y cita ampliamente algunas sentencias del Consejo de Estado.

2. Trámite Procesal

Después de surtirse la fase escrita del procedimiento, se llevó a cabo la audiencia inicial el día 11 de noviembre de 2021², allí se declaró el saneamiento del proceso, se decidieron las excepciones pertinentes, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas.

La audiencia de pruebas se realizó el 24 de mayo de 2022³, en esa oportunidad se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que dentro de los 10 días siguientes presentaran sus alegatos de conclusión por escrito. Vencido el término de traslado de alegatos el proceso ingresó a despacho para proferir sentencia escrita.

3. Actuación de la parte demandada

² Archivo 10

³ Archivo 20

Corpocaldas⁴. Frente a los hechos expuestos en la demanda señala que sí se realizaron visitas, pero a la ladera posterior a la vivienda identificada con la nomenclatura calle 8 # 9-30 de la señora Luz Marina Gallego Pérez, diferente a la que habitaron los demandantes.

Argumenta que la causa del daño se relaciona con eventos pluviométricos inusitados de grandes proporciones que representan una fuerza mayor, así como a las acciones y omisiones atribuibles a los habitantes del sector que generaron su propio riesgo. De los argumentos expuestos por la parte actora se concluye que no es posible atribuir ninguna responsabilidad a **Corpocaldas**.

En su defensa propone las siguientes excepciones:

i) Falta de legitimación en la causa por activa. Revisados los documentos que acompañan la demanda se evidencia que para la época en que ocurrió el deslizamiento de tierra, los accionantes no eran propietarios del inmueble. La compraventa fue legalizada 8 días después.

ii) Acaecimiento fáctico de los elementos constitutivos de fuerza mayor. El fallo del talud tuvo su origen en un evento extraordinario representado en las lluvias concentradas que ocurrieron el 18 y 19 de abril de 2017 en el municipio de Villamaría y que superaron los 194 mm en pocas horas. Las precipitaciones se consideraron atípicas y de una alta intensidad y magnitud, con connotaciones de imprevisibilidad e irresistibilidad. La zona donde se ubicaba el inmueble no se encontraba caracterizada como de alto riesgo de amenaza por deslizamiento.

iii) La competencia para la atención y prevención de desastre corresponde a la autoridad municipal. de acuerdo a la normatividad aplicable, es al municipio de Villamaría a quien le corresponde procurar por el adecuado uso del suelo, así como el deber de tener en cuenta el componente de prevención de desastres en sus planes de desarrollo. De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, las Corporaciones Autónomas Regionales pertenecen al sistema nacional de gestión del riesgo, pero participan de manera subsidiaria o complementaria.

Por estas razones la accionada no tenía competencia para evitar el resultado dañoso reclamado por los demandantes

iv) Reside única y exclusivamente en la entidad territorial municipal el control urbanístico de su territorio. Con base en el contenido de la Ley 388 de 1997 y

⁴ Páginas 218 a 301 01Cuaderno1

demás normas reglamentarias, afirma que el cumplimiento de las normas relativas a la construcción de edificaciones y control urbanístico también es competencia exclusiva del ente territorial.

v) Cumplimiento integral y diligente de las funciones asignadas por la ley a la Corporación Autónoma Regional de Caldas – Corpocaldas, en atención a su órbita de competencia. Sus funciones se encuentran encaminadas a asesorar a las entidades territoriales en materia ambiental; en esa medida emitió los conceptos que fueron solicitados, realizando las recomendaciones que consideró pertinentes.

vi) Culpa de la víctima en concurrencia con hecho exclusivo de terceros, que confluyen en causa adecuada y exclusiva de los daños reclamados que rompen el nexo de causalidad e impide la configuración de responsabilidad administrativa respecto de **Corpocaldas**. Las causas generadoras del daño son atribuibles a la intervención inadecuada del talud y la falta de obras para el tratamiento de aguas. Estas situaciones no son atribuibles a la autoridad ambiental.

Municipio de Villamaría⁵.

Acepta que se realizó una visita en el inmueble afectado por lo que el propietario debió proceder a realizar las reparaciones. La demolición del inmueble se ordenó ante el grado de deterioro y peligro para los vecinos; los propietarios tenían conocimiento de las condiciones del bien y tuvieron la oportunidad de sacar los enceres.

Se opone a la prosperidad de las pretensiones y propone las siguientes excepciones:

i) Culpa exclusiva de la víctima. Fueron las acciones y omisiones de los demandantes la principal causa del daño y asumieron la exposición al riesgo. Desde el año 2013, el Cuerpo Oficial de Bomberos advirtió la necesidad de realizar algunas obras para reforzar la estructura de la vivienda y en el 2015 también se advirtió la misma necesidad. Aun así, los accionantes deciden adquirir el inmueble por escritura pública luego de ocurridos los hechos.

ii) Cumplimiento de funciones por parte de la administración y solicitud de vinculación de tercero responsable o confusión de calidad. El ente territorial

⁵ Páginas 02 a 323 archivo 02

cumplió con su deber de hacer monitorio al predio y formular las advertencias de manera oportuna para que se mitigara el riesgo; se debe tener en cuenta que la anterior propietaria tenía la obligación de salir en saneamiento del bien por la falta de mantenimiento del inmueble.

iii) Falta de nexo de causalidad entre el hecho de mi mandante y el daño. El daño es atribuible a la propia culpa de los accionantes y la presencia de fuertes lluvias durante esa época del año.

4. Alegatos de conclusión

Parte demandante: no presentó alegatos de conclusión

Municipio de Villamaría⁶ Reitera los argumentos que sustentan las excepciones propuestas para concluir que no se encuentra probada una falla en el servicio; las autoridades locales atendieron los llamados de la comunidad y brindaron las recomendaciones de manera oportuna.

Del testimonio del ingeniero Jhon Jairo Chisco Leguizamón se infiere que los propietarios del terreno manipularon el talud sin atender los elementos técnicos necesarios generando su propio riesgo. Adicionalmente, del testimonio de Jhon Alexander Pachón Gómez se destaca que las condiciones de lluvia para el mes de abril de 2017 fueron extraordinarias y contribuyeron a la saturación del terreno.

Corpocaldas⁷ Se reafirma en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda resaltando que los accionantes no eran propietarios ni poseedores del inmueble y que el daño reclamado se produjo por condiciones imprevisibles e irresistibles que configuran una fuerza mayor.

Según el Plan Básico de Ordenamiento Territorial de Villamaría, el sector de Altos del Portón no está catalogado como zona de alto riesgo que ameritara una intervención urgente del municipio.

Ministerio Público: No intervino dentro de esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

⁶ Archivo 24

⁷ Archivo 23

1. Legitimación en la causa por activa.

Teniendo en cuenta que **Corpocaldas** formula la excepción de falta de legitimación en la causa por activa y que este es un presupuesto material de una sentencia favorable, se procede al análisis de este punto.

Al respecto la autoridad ambiental sostiene que para la fecha en que se derrumbó la vivienda el 19 de abril de 2017, los demandantes no eran los propietarios o poseedores del inmueble. La afirmación se fundamenta en que según la copia de la escritura pública⁸ y el certificado de tradición, se observa que el inmueble fue adquirido por compraventa después de que ocurrieron los hechos relacionados con el deslizamiento, esto es el 10 de mayo de 2017.

Verificado el contenido de los documentos señalados por **Corpocaldas** se observa que efectivamente los demandantes adquirieron la propiedad de la vivienda con posterioridad a la fecha de los hechos, pero ello no significa que no se encuentren legitimados para demandar.

De las pruebas documentales allegadas con la demanda se infiere que la familia ya habitaba la vivienda antes de que se presentara el deslizamiento. Así se desprende de la revisión efectuada por el Cuerpo de Bomberos de Villamaría el 02 de diciembre de 2013⁹ donde se identifica al señor **Luis Humberto Ríos Quiceno** como propietario, el 11 de agosto de 2016, el mismo accionante eleva derecho de petición a **Corpocaldas** y suscribe el oficio solicitando su intervención¹⁰ y el 23 de agosto de 2016, las autoridades del municipio realizan un informe de visita en su vivienda por solicitud del señor Ríos Quiceno¹¹.

Para el Juzgado estas pruebas indican que, aunque el acto jurídico como tal se formalizó con posterioridad al deslizamiento, el señor **Luis Humberto Ríos Quiceno** y su familia son propietarios del inmueble afectado y esta demostrado que para esa época ya lo habitaban y por tanto se acredita su legitimación en la causa por activa.

2. Problema jurídico

A partir del litigio fijado en audiencia inicial, se debe determinar:

⁸ Páginas 5 a 63 archivo 01

⁹ Páginas 65 archivo 01

¹⁰ Página 71 archivo 01

¹¹ Páginas 73 a 77 archivo 01

¿El municipio de Villamaría y la Corporación Autónoma Regional de Caldas son administrativa y extracontractualmente responsables de los perjuicios de orden material y moral reclamados por los demandantes, con ocasión de la presunta falla en el servicio por omisión en la prevención del desastre ocurrido el día 19 de abril de 2017, que generó la pérdida del bien inmueble de propiedad del señor Luis Humberto Ríos Quiceno, en la cual convivía con su familia?

2.1 Análisis del despacho.

Para resolver el problema jurídico, el Despacho analizará los siguientes aspectos: i) Elementos de Responsabilidad del Estado ii) Solución al caso concreto que implica definir el régimen de responsabilidad aplicable y la imputación a la entidad demandada.

2.2 Elementos de responsabilidad del Estado.

El presente proceso se originó en ejercicio del medio de control de Reparación Directa consagrado en el artículo 140 del C.P.A.C.A, facultando al interesado demandar del Estado la reparación del daño, cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

El régimen de responsabilidad del Estado al que obedece tal acción, tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución de 1991, que le impone a aquél el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas; es decir, el elemento fundamental de la responsabilidad es la existencia de un daño que la persona no está en el deber jurídico de soportar. Igualmente, de una lectura literal del mencionado artículo, es posible entender que el régimen de responsabilidad allí consagrado es un régimen eminentemente patrimonial, porque el Estado presta su garantía pecuniaria a los daños que en el ejercicio de su actividad pueda causar a los particulares.

Sin embargo, es importante precisar que una interpretación sistemática del texto constitucional lleva a una conclusión más amplia. En efecto, al analizar el régimen de responsabilidad del Estado por daños, no se puede perder de vista que la Constitución de 1991 es garantista de la dignidad humana y de los

derechos humanos¹² y propende porque éstos abandonen su esfera retórica para convertirse en una realidad palpable.

Es de mayúscula importancia que, a través de la responsabilidad, el juez de lo Contencioso Administrativo adelante una labor de diagnóstico de las falencias en las que incurre la Administración y al mismo tiempo, una labor de pedagogía, a fin de que aquellas no vuelvan a presentarse, sobre todo si esos daños vulneran en alguna medida los derechos humanos o la dignidad de las personas¹³.

La reparación de los daños no se agota con el simple resarcimiento o la compensación económica; es importante que el juez adopte medidas, en cuanto su ámbito de competencia lo permita, a través de las cuales las víctimas efectivamente queden indemnes ante el daño sufrido, conozcan la verdad de lo ocurrido, recuperen su confianza en el Estado y tengan la certeza de que las acciones u omisiones que dieron lugar al daño por ellas padecido no volverán a repetirse.

Una noción amplia de reparación va más allá de la esfera estrictamente pecuniaria del individuo, pues en ella se deben incluir los bienes jurídicos -como es el caso de la dignidad y los derechos humanos que generalmente no pueden ser apreciados monetariamente, pero que, si resultan lesionados por el Estado, deben ser reparados mediante compensación. Solo así el principio de la reparación integral del daño cobra una real dimensión para las víctimas¹⁴.

La anterior óptica debe ser tenida en cuenta por el juez de lo Contencioso Administrativo al momento de verificar si se configura o no la responsabilidad de la Administración en cada caso concreto, sea cual fuere el título de imputación que se emplee.

Atendiendo a lo anterior, las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado, por sus hechos u omisiones, son las siguientes:

- Un daño antijurídico indemnizable y
- Un juicio de imputación desde un punto de vista fáctico y jurídico.

¹² Artículos 1, 2 y 89 C.P.

¹³ En igual sentido ver: Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia de noviembre 27 de 2006, Exp. 15835, sentencia de 27 de noviembre de 2006, Exp. 16571, sentencia de mayo 3 de 2007, Exp. 25020, sentencia de 3 de mayo de 2007, Exp. 21511 y, sentencia de junio 6 de 2007, Exp. 15781 todas con ponencia del Consejero Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁴ Ley 446 de 1998, artículo 16.

En cuanto al **daño**, según el profesor Juan Carlos Henao, se define como:

(...) toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil – imputación y fundamento del deber de reparar- se encuentran reunidos¹⁵

Cuando en el caso se ha determinado la existencia del daño es menester deducir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede o no calificarse como **antijurídico**; puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado. En este último evento, el juzgador se releva de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, es decir, si la imputación del daño al Estado bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se han elaborado.

El daño por el cual se reclama el resarcimiento, además, debe tener la característica de ser **indemnizable**; en este sentido su reparación debe tener como objetivo dejar indemne a quien lo padece como si el daño nunca hubiera ocurrido o en el estado más próximo.

El **Juicio de Imputación** desde un punto de vista fáctico, abarca la relación de causalidad entre el hecho u omisión alegado y demostrado con el perjuicio experimentado y probado. Debe existir un vínculo de naturaleza directa, que no sea lógicamente posible suponer la existencia del daño sin la falla, demostrándose que el perjuicio provino necesariamente de las actuaciones u omisiones de la administración con un nexo de causa a efecto; esto es, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Según el principio de la causalidad, la causa produce su efecto¹⁶.

Esa relación de causalidad no existe o se rompe, cuando se prueba una causa extraña a la administración, la cual se torna en eximente total o parcial de la responsabilidad. Sucede cuando en la producción del daño interviene la culpa de la propia víctima, el hecho de un tercero o una circunstancia de fuerza mayor, casos en los cuales no cabe deducir la responsabilidad de la administración estatal.

¹⁵ JC Henao, artículo Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado, publicado en La responsabilidad extracontractual del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2016.

¹⁶ Alberto Tamayo Lombana, La responsabilidad civil extracontractual y la contractual, pag 91

Desde el punto de vista jurídico, conforme con la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁷ la imputación también abarca el estudio del fundamento del deber de reparar esto es, “*el título jurídico de imputación*”, así en providencia del 18 de febrero de 2010, (exp 18274), puntualizó:

De otro lado, la concreción de la imputación fáctico no supone por sí misma el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere de un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico, existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios, bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas

Se ha establecido jurisprudencialmente también, que es al Juzgador a quien corresponde, por aplicación del principio IURA NOVIT CURIA y una vez sopesados los elementos de convicción aportados al proceso, determinar cuál es el régimen de responsabilidad que corresponde aplicar en cada caso concreto. Para ello debe tener en cuenta los tres regímenes que la jurisprudencia ha desarrollado: falla en el servicio, riesgo excepcional y daño especial, cuyo fundamento normativo ha explicado el Consejo de Estado en sentencia del 8 de mayo de 1995 (exp. 8118) en los siguientes términos:

Mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, “los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” 8art. 28, ley 80 de 1993), en la extracontractual lo serán además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexos con el servicio, prevista, para citar disposiciones en el inciso 2° del artículo 90 de la C.N. y en el 77 del C.C.A.; la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la C.N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95, n° 9, y 216 de la C.N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo por la Ley 104 de 1993 o en el Decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del C.P.C.; 414 del C.P.P., etc.) la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia y equidad como este del no enriquecimiento sin causa.¹⁸

¹⁷ Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia del 18 de enero de 2012. Exp 19910.

¹⁸ Jurisprudencia citada por M.C M’Causland Sánchez, artículo: Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades; publicado en La responsabilidad extracontractual del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2016.

Con base en lo anterior a continuación se abordará lo que concierne al régimen de responsabilidad aplicable en el caso específico.

3 El caso concreto:

3.1 El daño.

Comprendido como el primer elemento en un juicio de responsabilidad, en el asunto sub examine se deriva de la pérdida del inmueble que se ubicaba entre calles 8 y 9 No 9-50, en el punto denominado Alto del Portón del municipio de Villamaría.

Estas circunstancias fueron acreditadas a través del informe de demolición de vivienda en riesgo allegado con la demanda, el cual indica¹⁹:

El día 25 de abril del año en curso, se da inicio a la demolición de la vivienda ubicada en dicha dirección, con acompañamiento logístico por parte de la Defensa Civil, el Comando de Policía y el Batallón de Ingenieros de la ciudad de Armenia, quienes aportaron maquinaria para su realización, entre ellas, la cama baja donde se transportó la oruga retro – excavadora y tres (3) volquetas donde se cargó el material posteriormente llevado a la escombrera ubicada en el barrio la Enea de la ciudad de Manizales, el procedimiento culmina exitosamente el día 26 de abril, donde rescató un 90% de los enceres del propietario.

Anexo las actas de vecindad de los predios vecinos, para su posterior reparación en caso de daños causados por dicha intervención.

Clara la existencia de un daño representado en la pérdida del inmueble objeto de demolición el 25 de abril de 2017, a continuación, se analizará si las entidades accionadas son responsables por la generación del mismo.

3.2 Imputación del daño

3.2.2 El régimen de responsabilidad:

Conforme a la demanda, sus contestaciones, el problema jurídico planteado y en la medida en que la parte accionante alega la existencia de una falla y que ésta es

¹⁹ Páginas 88 a 94 archivo 01

la causa del daño, el caso deberá resolverse bajo el régimen de falla en el servicio.

Se argumenta por los demandantes la existencia de una falla en el servicio consistente en una conducta omisiva por parte del **municipio de Villamaría** y de **Corpocaldas**, entre otros aspectos, por no realizar las obras necesarias para la estabilización del talud donde se encontraba la vivienda.

En este punto, es importante recordar que el título de imputación aplicable al caso, el de falla en la prestación del servicio, exige además de la existencia de un daño antijurídico:

(...) una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a una autoridad pública, con la cual se incumplen o desconocen las obligaciones a cargo de la autoridad respectiva, por haberle sido atribuidas las correspondientes funciones en las normas constitucionales, legales y/o reglamentarias en las cuales se especifique el contenido obligacional que a la mencionada autoridad se le encomienda²⁰

Una vez presentes tales elementos, la entidad pública demandada solo podrá exonerarse de una declaratoria de responsabilidad si prueba que su actuación fue oportuna, prudente, diligente y con pericia, en otras palabras, que no hubo falla del servicio. Se logra romper el nexo causal mediante la acreditación de una causa extraña: fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o, hecho también exclusivo y determinante de un tercero.

El fundamento constitucional de este título de imputación es el artículo 2 de la Constitución Política que describe los fines esenciales del Estado, tal y como ha sido explicado por el máximo tribunal en materia contencioso administrativa. Este Alto Tribunal, también ha señalado que la falla en el servicio puede consistir en el incumplimiento de las obligaciones consagradas no sólo en esta disposición del orden constitucional, sino también en normas que regulan temas específicos.

Como consecuencia de la aplicación de un régimen subjetivo es que la prueba de la falla, que pueda estar representada en el descuido, impericia, violación a reglamentos y en general el desconocimiento al deber objetivo de cuidado, está a cargo de la parte demandante con base en el marco normativo aplicable.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Radicación número: 73001-23-31-000-1998-00298-01(18793) sentencia del 09 de febrero de 2011, C.P Mauricio Fajardo Gómez.

En cuanto al régimen de responsabilidad en temas como el que hoy se decide, el Consejo de Estado ha definido²¹:

(...) al estudiar la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños provenientes de la ocurrencia de fenómenos naturales²², tales como el desbordamiento de ríos y quebradas, deslizamientos de tierra, desprendimiento de rocas, inundaciones por lluvias, entre otros, ha deducido tal responsabilidad frente a la demostración de que las entidades demandadas incumplieron su deber de vigilancia y cuidado y se abstuvieron de adoptar las medidas de prevención requeridas para cada caso concreto, a pesar de haber tenido conocimiento previo de la posible ocurrencia del hecho natural.

(...)

Si a efectos de enervar su responsabilidad la administración aduce que el desastre natural constituyó una fuerza mayor, deberá acreditar²³ que aquél no podía ser previsto por ella y, aún en el evento de que sí pudiera ser anticipado, que era irresistible.

3.2.3 Responsabilidad de las entidades demandadas

Para la parte actora, tanto el **municipio de Villamaría** como **Corpocaldas** son responsables del daño por cuanto, a pesar de conocer la existencia de riesgo por deslizamiento, no ejecutaron las obras de estabilidad necesarias para evitar el desprendimiento de tierra que finalmente destruyó el inmueble.

Frente a la entidad territorial demandada, es preciso indicar que la Ley 388 de 1997 señala dentro de sus objetivos el establecimiento de los mecanismos que permitan al municipio, en ejercicio de su autonomía, promover el ordenamiento de su territorio, el uso equitativo y racional del suelo, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural localizado en su ámbito territorial y la prevención de desastres en asentamientos de alto riesgo; entre otros aspectos.

En el artículo 10 numeral 1 literal d) de la misma Ley, se prevé la necesidad de que los municipios establezcan dentro de los Planes de Ordenamiento Territorial: "(...) políticas, directrices y regulaciones sobre prevención de amenazas y riesgos naturales, el señalamiento y localización de las áreas de riesgo para asentamientos humanos, así como las estrategias de manejo de zonas expuestas a

²¹ Sección Tercera, Sentencia del 06 de noviembre de 2020, C.P. María Adriana Marín

²² Ver entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de febrero 26 de 1998, exp. 10846; 14 de mayo de 1998, exp. 12175; diciembre 11 de 1998, exp. 19009; 20 de septiembre de 2001, exp. 13732; septiembre 20 de 2007, exp. 16014; marzo 1 de 2011, exp. 18829; mayo 25 de 2011, exp. 21929 y agosto 22 de 2011, exp. 20107.

²³ De conformidad con lo establecido en el artículo 177 del C.P.C., respecto del *onus probandi*.

amenazas y riesgos naturales”; en especial en lo que a la zona urbana y su expansión se refiere.

De otro lado, la Ley 715 de 2001, en su artículo 76, reiteró la responsabilidad de los municipios en relación con la prevención y atención de desastres dentro de su jurisdicción.

Para el 2012 se expide la Ley 1523 adoptando la política nacional de gestión del riesgo de desastre describiéndola como:

«[...] una política de desarrollo indispensable para asegurar la sostenibilidad, la seguridad territorial, los derechos e intereses colectivos, mejorar la calidad de vida de las poblaciones y las comunidades en riesgo y, por lo tanto, está intrínsecamente asociada con la planificación del desarrollo seguro, con la gestión ambiental territorial sostenible, en todos los niveles de gobierno y la efectiva participación de la población.

Igualmente, se describió el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo como el:

(...) el conjunto de entidades públicas, privadas y comunitarias, de políticas, normas, procesos, recursos, planes, estrategias, instrumentos, mecanismos, así como la información atinente a la temática, que se aplica de manera organizada para garantizar la gestión del riesgo en el país»²⁴

Se establecieron deberes concretos en distintas entidades que hacen parte de este Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, dirigidos a orientar, articular y armonizar las actividades de gestión ambiental, ordenación del territorio, planificación del desarrollo, adaptación al cambio climático y gestión del riesgo de desastres. No obstante, siguen siendo los municipios los responsables directos de la implementación de los procesos de gestión del riesgo tal y como lo dispone el artículo 14 de la mencionada ley. Al punto el Consejo de Estado explica:

(...) son los municipios las entidades territoriales que ostentan la responsabilidad principal y directa en la prevención y en la atención de desastres, de allí que los alcaldes como máximas autoridades son los encargados de la implementación de los procesos de gestión del riesgo, incluyendo su conocimiento y reducción y, el manejo de los desastres en el

²⁴ Artículo 25

área de su jurisdicción, en la forma señalada por el artículo 14 de la Ley 1523.²⁵

El proceso de planificación del territorio a cargo de los municipios debe considerar los temas relacionados con la gestión del riesgo de desastres; para el efecto el Plan de ordenamiento territorial debe incluir un análisis para priorizar, programar y ejecutar acciones por parte de las entidades del sistema²⁶.

Con base en la normatividad descrita hasta este momento se establece que la gestión del riesgo es competencia del municipio de Villamaría; el legislador designó a los Alcaldes como representantes de sus municipios en el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y, por tanto, responsables por la implementación de éstos procesos; ello implica el conocimiento, la reducción del riesgo y el manejo de desastres en el área de su jurisdicción.

Además, según este mismo cuerpo normativo, las Corporaciones Autónomas Regionales deben apoyar a las entidades territoriales dentro de su jurisdicción ambiental; a estas autoridades les asiste el deber de prestar su colaboración para la elaboración de los estudios necesarios para el conocimiento y reducción del riesgo.

El Consejo de Estado²⁷ se ha pronunciado con respecto al rol de las Corporaciones Autónomas Regionales en cuanto a sus obligaciones en prevención y atención de desastres, explicando su contenido con las siguientes palabras:

Ahora bien, la Jurisprudencia de la Sala ha sostenido que existen múltiples disposiciones que le imponen a las corporaciones autónomas regionales obligaciones en cuanto a la prevención y atención de desastres, que no se agotan en la elaboración de informes o asesorías y que demandan la ejecución, entre otras tareas, de “actividades de análisis, seguimiento, prevención y control de desastres, en coordinación con las demás autoridades competentes”; así como “asistirlas en los aspectos medioambientales en la prevención y atención de emergencias y desastres; y adelantar con las administraciones municipales o distritales programas de adecuación de áreas urbanas en zonas de alto riesgo, tales como control de erosión, manejo de cauces y reforestación”.

²⁵ Cita de cita Sección Primera, Sentencia del 12 de diciembre de 2019, C.P Nubia Margoth Peña Garzón, Radicado 17001-23-33-000-2014-00071-02(AP)

²⁶ Artículo 32

²⁷ Sección Primera, Sentencia del 12 de diciembre de 2019, C.P Nubia Margoth Peña Garzón, Radicado 17001-23-33-000-2014-00071-02(AP)

De acuerdo con el contenido de la ley 1523 de 2012 y la pauta jurisprudencial del Alto Tribunal de esta jurisdicción, queda desvirtuada la excepción de la autoridad ambiental en el sentido de que la atención y prevención de desastres es competencia exclusiva del ente territorial.

Ahora, el Decreto 1807 de 2014, reglamentario de la Ley 1523 de 2012, indica que es imprescindible realizar estudios básicos y detallados al momento de expedir una herramienta de ordenación o llevar a cabo la revisión de sus contenidos. Esos estudios deben incluir los aspectos descritos en el artículo 3 del cuerpo normativo y refiere temas como la delimitación y zonificación de las zonas de amenazas y con condición de amenaza que requieren adelantar estudios detallados, entre otras.

Para este caso fue aportado el Plan Básico de Ordenamiento Territorial para el municipio de Villamaría, adoptado con el Acuerdo 070 del 09 de marzo de 2007. Aunque su vigencia es anterior a la Ley 1523 de 2012, en el documento se observa que se delimitó la zona urbana de protección ambiental conformada por las áreas de protección y mitigación de riesgos, compuesta por los predios catastrales descritos en el artículo 54. En estos predios no se encuentra enlistado el inmueble de los demandantes.

Lo anterior coincide con el contenido del oficio SP 400-253 del 20 de febrero de 2019 de la Secretaría de Planeación Municipal²⁸, en el cual se indica a la Personería de Villamaría lo siguiente:

En cuanto a la segunda solicitud cabe resaltar que la vivienda del señor RIOS ubicada en la calle 8 No 9-50, no se encontraba dentro del Plan Municipal de Gestión del Riesgo de Desastres – PMGRD y la Estrategia Municipal para la respuesta a emergencias EMRE.

En relación con el punto 2.2., cabe señalar que no se tiene constancia de que la vivienda ubicada en la calle 8 No 9-50, hubiese estado dentro del Plan Municipal de Gestión del Riesgo de Desastres – PMGR y la Estrategia Municipal para la respuesta a emergencias -EMRE. Por lo tanto no se puede hablar de que se hubiese excluido, puesto que no consta que hubiese estado incorporado dentro de este.

De acuerdo con lo expuesto hasta este momento se acredita que la zona donde se ubicaba la vivienda de los demandantes no se encontraba clasificada como de

²⁸ Páginas 147 y 148 archivo 02

riesgo por deslizamiento. Por esta razón, el evento no era previsible para el municipio de Villamaría y por ende no tenía la obligación de reubicar los asentamientos y adecuar la zona en los términos del artículo 76 numeral 9 de la Ley 715 de 2001.

Ahora bien, tal como lo afirman los demandantes es claro que desde el 02 de diciembre de 2013, las autoridades municipales sí conocían de una situación que implicaba un riesgo en el predio del señor Luis Humberto Ríos. Así se desprende del oficio procedente del Cuerpo de Bomberos Voluntarios donde se informa sobre la revisión del inmueble y del informe de visita técnica realizada el 23 de agosto de 2016; no obstante, de esta circunstancia por sí sola no se desprende la responsabilidad del **municipio de Villamaría**, ni de **Corpocaldas**.

Según los demandantes, antes de que se presentara el deslizamiento **Corpocaldas** realizó algunas recomendaciones al municipio de Villamaría consistentes en la ejecución de obras para la estabilización del talud; estas circunstancias no se encuentran acreditadas en el proceso conforme a las pruebas y consideraciones que continuación se realizarán.

En la comunicación del Cuerpo de Bomberos del 02 de diciembre de 2013²⁹, se menciona la realización de una visita al inmueble porque se presentó un desprendimiento de tierra. Ese documento, solamente indica que se dieron recomendaciones a los moradores: “(...) La Ingeniera Karen Méndez y el Geólogo Juan David Castaño, ambos de Planeación Municipal, hicieron las recomendaciones del caso a sus moradores”.

Asimismo, en el informe de visita del 16 de agosto de 2016 los funcionarios del municipio de Villamaría también formularon las siguientes recomendaciones sin que se indicara qué obras debían hacerse por parte de la administración municipal³⁰:

- Se recomienda mirar y verificar el funcionamiento de zanjas y canales de aguas lluvias tanto en la parte superior del talud así mismo (sic) como en las viviendas de la parte baja. Por parte del propietario de la vivienda de la parte alta talud así mismo con los vecinos afectado debido a que el municipio no puede intervenir predios privados.
- Se recomienda una cobertura vegetal adecuada para la estabilidad del talud y en zonas que sea imposible esta acción cubrir con plástico para evitar

²⁹ Página 65 archivo 01

³⁰ Páginas 79 a 82 archivo 01

infiltración de aguas lluvias que puedan ocasionar desprendimiento y/o deslizamiento de tierra.

Del informe allegado como prueba documental por la parte actora no se observa que el municipio de Villamaría hubiese recomendado la ejecución de obras o el monitoreo permanente de la zona; por el contrario, las únicas recomendaciones realizadas iban dirigidas a los habitantes de las viviendas.

Al expediente también fueron aportados los oficios 2015-IE-00029702 del 21 de noviembre de 2015³¹ y 2015-IE-00031605 del 05 de diciembre de 2015³², procedentes de **Corpocaldas**. En ellos efectivamente se hacen recomendaciones sobre la construcción de obras de estabilidad; sin embargo, la visita de esa oportunidad no fue realizada en el predio del demandante sino en el de la señora Luz Marina gallego Pérez y según lo informa la autoridad ambiental en su contestación a la demanda, el inmueble al que se hace referencia se ubica en la parte posterior de la ladera y es diferente a la que habitaron los accionantes.

Así también lo ratificó el ingeniero Jhon Jairo Chisco Leguizamón en la declaración que rindió para este proceso:

¿Qué tanto influyó la construcción de la vivienda en la alteración o cambio de la morfología del talud (...)? En ese 2015 no es (...) la visita no es en el sitio específico de la vivienda del demandante, muestra unas intervenciones antrópicas (...) en unos sectores aledaños (...) ¿En su condición de experto usted podría informar que esos acontecimientos (...) están directamente relacionado con las consecuencias del hecho ocurrido (...)? No son situaciones distintas guardan digamos que características similares (...) pero son dos taludes y dos escenarios distinto. (...) ¿Puede usted (...) manifestar porque tal contradicción? no yo no estoy entrando en contradicción, el inmueble del señor Luis Humberto no tenemos nosotros conocimiento de denuncia (...) con antelación al año 2017 (...) el oficio que hace mención el apoderado del municipio es un oficio del año 2015 de otro predio muy distinto al predio del señor Luis Humberto.

Por ende, el argumento de la parte actora para responsabilizar al **municipio de Villamaría** y a **Corpocaldas** por la pérdida de su bien inmueble carece de sustento probatorio. Ello porque no está acreditado que las autoridades demandadas hubiesen efectuado recomendaciones sobre la necesidad de obras y que, por lo tanto, el ente territorial hubiese omitido su ejecución y tampoco se

³¹ Páginas 66 y 67 archivo 01

³² 68 a 70 archivo 01

demonstró que la autoridad ambiental recomendara un monitoreo de la zona como se menciona en los hechos de la demanda.

Lo que si logró probarse en el proceso es que son varias las causas del deslizamiento que provocó la destrucción del inmueble del demandante. Al respecto el testimonio del ingeniero Jhon Jairo Chisco Leguizamón indicó:

¿Cuáles fueron las causas de la inestabilidad del terreno (...)? Las causas para este tipo de eventos (...) que involucran las fallas de las cubiertas más superficiales de los suelos están asociados como primera medida a las lluvias, lluvias de características como las generadas el 18 y 19 de abril de 2017 son las precipitaciones que detonan deslizamientos de esas características (...) la mayoría de los deslizamientos fueron de tipo superficial (...) y estuvieron asociados a esos proceso de saturación (...) aumento de las presiones (...) la pérdida de la coacción efectiva de los suelos (...) cuando se genera esa saturación empieza aumentarse esa presión (...) allí también confluyen factores de orden natural como por ejemplo la pendiente del talud las características digamos que geológicas de los materiales que son cenizas volcánicas altamente dependientes de la saturación de las aguas lluvias presencia de arenas (...),es decir la geología (...) era también un condicionante (...) y adicionalmente confluyen factores de orden natural como el deficiente manejo de aguas lluvias en la corona del talud, digamos que el sobre empinamiento (...) porque ese talud es antrópico fue generado por el mismo propietario del predio de la vivienda afectada cuando construyó la misma porque se generan corte en los taludes que no están soportados en estudios y diseños y eso genera un incremento de los esfuerzos (...) eso lo hace más vulnerable o más susceptible a que se generen deslizamientos. ¿Indíquele al despacho como se puede evitar en una zona o en un suelo con estas características un deslizamiento como el ocurrido (...)? Como se debe evitar, que cuando los propietarios de predios acometan este tipo de intervenciones para la construcciones de viviendas estén soportados en estudios y diseños de tipo geotérmico que validen el tipo de intervención el ángulo de inclinación requerido para el talud y dependiendo de las análisis determine cuales son las acciones (...) obviamente complementado con obras de manejos de agua tanto en la parte superior como en la parte inferior (...) y evitar que esos taludes digamos que en condiciones extremas de precipitaciones se generen esas presiones de saturación (...) está en mayor capacidad de soportar digamos agentes externos como las lluvias (...) resistir inviernos de esa naturaleza (...) La ocurrencia del deslizamientos es una conjugación digamos que no solamente de factores detonantes que por su carácter son difícil de controlar como las lluvias (...)

Por sus conocimientos profesionales y la amplia experiencia que el declarante tiene dado que labora en **Corpocaldas** desde el año 1997, se valorará como un testimonio técnico en los términos del artículo 220 del Código General del proceso.

El testigo es claro en describir que el desprendimiento de tierra se presentó por varias razones: la conformación o geología del suelo, las intensas lluvias que cayeron entre los días 18 y 19 de abril de 2017 y la intervención del talud sin los diseños y estudios de suelos necesarios.

En el informe presentado por el **municipio de Villamaría** sobre la atención de la emergencia donde los accionantes perdieron su inmueble, de igual manera se explican como causas las siguientes³³:

Posibles causas:

- Sobrecarga en la parte superior del talud (Urbanización en el punto más alto del talud)
- Ausencia de canales y bajantes en las viviendas ubicadas en la parte alta del talud
- Falta de mantenimiento y control a la erosión del mismo
- Alta pendiente del talud, con forma recta
- Saturación de la capa de suelo orgánico y cenizas volcánicas debido a la infiltración de aguas lluvias.

Específicamente sobre la intensidad de las lluvias que se presentaron para el 19 de abril de 2017, **Corpocaldas** además citó en declaración al ingeniero Jhon Alexander Pachón. El profesional citado se encuentra vinculado con la Universidad Nacional para realizar el registro pluviométrico de Manizales y con respecto a este punto expuso:

Para el 18 de abril de 2017 se presentó un compendio de datos de la ciudad de Manizales, (...) pero adicional a ello hay un reporte que se solicitó este año de parte del Juzgado para poder tener un reporte de datos de la estación Villamaría Hospital (...) en la cual se registró un evento importante muy grande el 19 de abril (...) un evento digamos diario de proporciones demasiado grande (...) no se si en el histórico se haya registrado igual o superior (...)162 milímetros en un día es divinamente lo que puede caer en un mes normal (...) efectivamente hubo un valor extremo por efectos de componentes atmosféricos (...) para esa época se presentó un evento muy intenso y muy grande en una magnitud muy muy alta que evidentemente el

³³ Páginas 85 a 86 archivo 01

suelo (...) no hubiese podido responder a tal evento hidrometeorológico en un tiempo tan corto (...)

Las afirmaciones del testigo están respaldadas por los datos suministrados por el Instituto de Estudios Ambientales de la Universidad Nacional para la estación Villamaría Hospital³⁴. Para el 19 de abril de 2017, efectivamente se observa una intensivas de 162.4 milímetros.

De acuerdo con el testimonio del ingeniero Jhon Alexander Pachon y el registro pluviométrico aportado, se tiene probado que la intensidad de las lluvias que se registró el 19 de abril de 2017 sí contribuyeron al desprendimiento del talud que generó la destrucción de la vivienda. A pesar de ello, este evento no puede calificarse como una fuerza mayor eximente de responsabilidad porque precisamente la parte actora no logró probar una conducta omisiva atribuible a las demandadas.

Cabe destacar que otra posible causa generadora del daño representada en las deficiencias de construcción del inmueble. En este punto retomamos la declaración del ingeniero Chisco Leguizamón en cuanto explicó:

¿En el caso concreto de Altos del Portón (...) tuvo conocimiento si la vivienda del demandante cumplía la construcción con las normas técnicas (...)? Yo tuve la oportunidad de estar varias veces allá la casa era una vivienda de un solo piso con deficiencias constructivas no cumplía la norma sin hacer un estudio de patología uno sabe cuándo una vivienda cumple la norma (...) era una vivienda en materiales con elementos también prefabricados (...)

Las declaraciones del funcionario de **Corpocaldas** coinciden con el informe realizado por las autoridades municipales con ocasión a los acontecimientos del 19 de abril de 2017 ya mencionado en esta providencia:

Descripción

Se presenta en horas de la madrugada del día 19 de Abril de 2017, deslizamiento de tierra que afecta la parte antigua de una vivienda, construida con materiales provisionales (esterilla, guadua, madera) dicha estructura y el desprendimiento de tierra desplazaron el resto de la vivienda, la cual aunque fue construida con materiales más resistentes no se evidencia presencia de elementos estructurales.

³⁴ Archivo 18

Las anteriores pruebas acreditan que una de las causas del daño está representada en la conducta de los propios demandantes quienes contribuyeron a la generación de su propio riesgo. Es claro que el talud fue intervenido de manera antrópica, es decir por la actividad humana y aunque no existe prueba que señale directamente a los demandantes como responsables de esta intervención, lo que sí se encuentra establecido es que la vivienda no fue construida con los materiales adecuados teniendo en cuenta que se encontraba ubicada en una ladera.

3.2.3 Conclusión.

La parte actora no logró probar que la conducta omisiva que atribuyó al municipio de **Villamaría** y a **Corpocaldas**, consistente en no ejecutar las obras de estabilización para el talud que finalmente se desprendió y ocasionó la destrucción del inmueble de los accionantes, fuera la causa del perjuicio alegado; es así como no se logró probar el nexo de causalidad entre el daño y la conducta atribuida a las demandadas.

Por el contrario, las pruebas allegadas indican que fueron varias las causas del desprendimiento de tierra, entre las que se cuentan causas naturales como la intensidad de las lluvias del 19 de abril de 2017 y las deficiencias en la edificación del inmueble.

4. Costas

Con fundamento en el artículo 188 del C.P.A.C.A., adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, y como quiera que la condena en costas no opera de forma automática en atención a lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., no se emitirá condena porque no se observa que la parte accionada hubiese incurrido en gastos procesales.

5. Sobre la sanción por inasistencia injustificada a la audiencia de Conciliación Prejudicial.

Dentro de las pretensiones de la demanda, así como en el acta de Conciliación expedida por la Procuraduría 70 Judicial I para Asuntos Administrativos, se dejó constancia de que el **municipio de Villamaría** no comparó a la audiencia de conciliación prejudicial sin que la justificación presentada por la apoderada se calificara como justa.

Es oportuno indicar que para la fecha en que se realizó la conciliación prejudicial se encontraba vigente la Ley 640 de 2001 y sobre este aspecto dispuso:

ARTICULO 35. Modificado por el art. 52, Ley 1395 de 2010 <El nuevo texto es el siguiente> **Requisito de procedibilidad.** En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, de familia y contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas. En los asuntos civiles y de familia podrá cumplirse el requisito de procedibilidad mediante la conciliación en equidad.
(...)

Parágrafo 1º. Cuando la conciliación extrajudicial sea requisito de procedibilidad y se instaure la demanda judicial, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 22 y 29 de esta ley el juez impondrá multa a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia. Esta multa se impondrá hasta por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor del Consejo Superior de la Judicatura.

Para este caso, la conciliación extrajudicial fue programada para el 26 de febrero de 2018 y en el acta respectiva se dejó constancia de la inasistencia del **Municipio de Villamaría** concediéndole el término de tres (03) días para que justificara su conducta³⁵.

Posteriormente, en la constancia del 02 de marzo de 2018 la Procuradora 70 Judicial para Asuntos Administrativos expone que la apoderada del municipio de Villamaría presentó excusa en los siguientes términos³⁶:

(...) a pesar de haber hecho presencia fue imposible en la hora señalada exhibir el poder a mi conferido, pues el mismo fue extraviado a última hora constituyéndose esto en una insalvable fuerza mayor, toda vez que el burgo maestro no se encontraba en el Despacho para autenticar uno nuevo (...) la convocatoria a dicha audiencia, fue muy precipitada a pesar de que se socializó oportunamente no logramos tener un concepto oportuno de las secretarías de planeación, instancia que se debe agotar, por lo que le solicito muy comedidamente sea reprogramada tal convocatoria aproximadamente en un mes y medio, donde sea preciso terminar de acopiar la documentación y someter el asunto a comité de conciliación nuevamente y así definitivamente sabremos sobre la existencia de ánimo conciliatorio.

El artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, si bien refiere a la inasistencia de la audiencia inicial, sirve al caso para establecer que las únicas causas justificadas se fundamentan en la fuerza mayor o el caso fortuito.

³⁵ Páginas 136 y 137 archivo 01

³⁶ Páginas 138 a 140 archivo 01

Tal y como lo sostuvo la representante del Ministerio Público en su momento, las excusas presentadas por la apoderada del municipio de Villamaría no se encuentran debidamente justificadas en este contexto. La apoderada refiere a dos circunstancias que impidieron la asistencia del ente territorial, una representada en que extravió el poder y otra en que la fecha de la diligencia fue precipitada.

Frente a la primera razón cabe indicar que extraviar el poder no representa una fuerza mayor, sino una conducta descuidada teniendo en cuenta que la audiencia fue convocada con 19 días de anticipación desde el 07 de febrero de 2018; de esta manera, la profesional tuvo tiempo suficiente para reunir la documentación necesaria para asistir a la diligencia incluyendo el poder.

Por la misma razón tampoco es justificable el segundo de sus argumentos; conociendo la fecha de la audiencia con un lapso considerable de anticipación, bien pudo solicitar el aplazamiento de la misma para que el Comité de Conciliación se reuniera contando con todos los elementos necesarios para analizar el caso puesto a su consideración.

De esta manera, el Juzgado encuentra que las razones presentadas por el **municipio de Villamaría** para justificar la inasistencia a la audiencia de conciliación prejudicial no representan una fuerza mayor o un caso fortuito y por tanto la sanción descrita en la norma resulta procedente. En consecuencia, con esta providencia se impondrá multa por valor de dos (02) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor del Consejo Superior de la Judicatura y en contra del ente territorial accionado.

Se aclara que si bien esta es una de las pretensiones de la demanda, la imposición de esta sanción legal no equivale a acceder a las mismas; ello porque se trata de una sanción legal que impone un pago a favor no de la parte actora, sino del Consejo Superior de la Judicatura.

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 no probadas las excepciones denominadas “Falta de legitimación en la causa por activa” y “La competencia para la atención y

prevención de desastre corresponde a la autoridad municipal”, propuestas por **Corpocaldas**.

Segundo Declarar probada la excepción denominada “Falta de nexo de causalidad entre el hecho de mi mandante y el daño” propuesta por el **municipio de Villamaría**.

Tercero: **Negar** las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

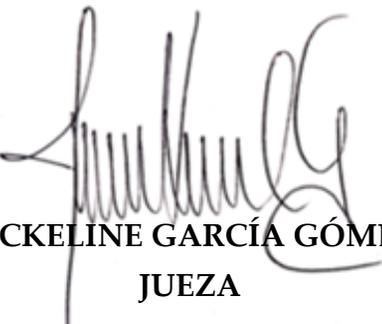
Cuarto: **Sin condena en costas** por las consideraciones expuestas.

Quinto: Imponer multa por valor de dos (02) salarios mínimos en contra del **municipio de Villamaría** y a favor del Consejo Superior de la Judicatura, en cumplimiento a lo previsto en el artículo 35 de la ley 640 de 2001. Para el efecto, remítase copia a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para su respectivo cobro.

Sexto: **Ejecutoriada** esta providencia **archívense** las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Séptimo: La presente sentencia quedan notificadas en estado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del C.P.A.C.A., precisando que contra ella procede el recurso de apelación en la forma prevista en el artículo 247 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

P/cr/ P.U

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 04/07/2023


MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA

Secretaria

Micrositio Web PUBLICACIÓN ESTADOS ELECTRÓNICOS:

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

CONSTANCIA DE SECRETARÍA: Manizales, Caldas, 31 de marzo de 2023. En la fecha, paso a Despacho de la Señora Juez el presente proceso con el fin de informarle y certificar:

1.- CONSTANCIA DE EJECUTORIA DE SENTENCIA DE 1º INSTANCIA: La suscrita Secretaria del Despacho HACE CONSTAR que la sentencia de instancia se notificó a las partes por estado y correo electrónico del 19/12/2022 y como quiera que no fue objeto de impugnación, aclaración y/o complementación, quedó debidamente ejecutoriada el 27/01/2023.

2.-LIQUIDACIÓN DE COSTAS: Se presenta la correspondiente liquidación de costas conforme a los lineamientos establecidos en el artículo 366 del C.G.P., para los efectos legales a que haya lugar:

LIQUIDACIÓN DE COSTAS	
A FAVOR DE LA PARTE DEMANDANTE ARIEL VALENCIA MINA – C.C. 76.285.903 Y A CARGO DE LA PARTE DEMANDADA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL	
AGENCIAS EN DERECHO SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA	\$150.000
GASTOS JUDICIALES	
Envío correspondencia (folio 55 cuaderno No. 1 físico)	\$11.000
TOTAL LIQUIDACIÓN DE COSTAS	\$161.000

Sírvase proveer. En constancia,


MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, Caldas, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

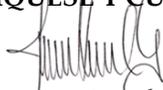
Auto No.: 1471
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado No.: 170013339007-2018-00300-00
Demandante: ARIEL VALENCIA MINA – C.C. 76.285.903
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Actuación: AUTO APRUEBA LIQUIDACIÓN DE COSTAS Y ORDENA ARCHIVO DEFINITIVO DEL EXPEDIENTE

Vista la constancia secretarial que antecede, el Despacho dispone:

1.- APROBAR LA LIQUIDACIÓN DE COSTAS POR VALOR DE \$161.000, que antecede efectuada por la Secretaría del Despacho, de conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso.

2.- En firme la presente decisión, como quiera que no existe actuación pendiente por adelantar y que se ha agotado la instancia, procédase al ARCHIVO DEL EXPEDIENTE, previas las anotaciones a que haya lugar en los libros radicadores del Juzgado y en el aplicativo Justicia Web Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 04/07/2023

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO MANIZALES

Manizales, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 1481

Medio de control: Reparación directa
Demandante: Lina Marcela Pulgarín Valencia y otros
Demandado: Ministerio de Defensa Policía Nacional
Radicado: 17001-33-39-007-2019-00086-00

Mediante comunicación del 29 de junio de 2023, el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses remite el Informe Pericial de Clínica Forense No UBSAC -DSRI-00182-2023 del 26 de junio de 2023 y que corresponde al archivo 17 del expediente digitalizado.

En ese orden de ideas, se **pone en conocimiento** de las partes la experticia en mención, conforme a lo establecido en el inciso 3° del artículo 219 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 56 de la Ley 2081 de 2021.

En atención a lo establecido en el inciso 2° del artículo 220 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 56 de la Ley 2081 de 2021, se convocará al doctor José Fernando Serna Ríos a la audiencia pública de pruebas con el fin de que exprese las razones y las conclusiones del dictamen, así como la información que dio lugar al mismo y el origen de su conocimiento.

Por secretaría **libérese** los oficios respectivos indicando que la asistencia por parte del perito es de obligatorio cumplimiento y de no asistir a la audiencia el dictamen no tendrá ningún valor, tal y como lo indica el artículo 228 del C.G.P. La comparecencia del perito estará a cargo de la parte demandante.

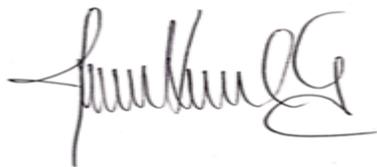
De acuerdo a lo anterior y con el fin de observar los plazos señalados en las normas anteriores, se aplaza la Audiencia de Pruebas programada para el próximo jueves seis (06) de julio de dos mil veintitrés y se fija como nueva fecha para la diligencia el **lunes treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés a las dos y treinta de la tarde (02:30 p.m)** . La diligencia se realizará en modalidad NO PRESENCIAL, a

través de comunicación simultánea o sucesiva, utilizando como herramienta tecnológica Lifesize, para los cual deberán informar con anticipación al correo electrónico del juzgado los números de teléfonos en los cuales pueden ser ubicados los abogados de las partes para efectos de coordinar la realización de la diligencia.

Se ADVIERTE que toda comunicación dirigida al Despacho debe presentarse estrictamente de manera digital, en formato PDF, a través del correo electrónico admin07ma@cendoj.ramajudicial.gov.co, dentro de los horarios establecidos de atención al usuario (lunes a viernes de 07:30 am a 12:00 m y de 01:30 pm a 05:00 pm).

Así mismo, se INSTA a las partes y sus apoderados a presentar los memoriales de sustitución de poder y/o cualquier documento relacionado con la audiencia programada a más tardar durante el día hábil anterior a la diligencia, con el fin de incorporarlos al expediente oportunamente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

Pler/ P.U

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
MANIZALES – CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

La providencia anterior se notifica en el Estado del 04 de julio de 2023

MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

CONSTANCIA DE SECRETARÍA: Manizales, Caldas, 9 de septiembre de 2022. En la fecha, paso a Despacho de la Señora Juez el presente proceso con el fin de informarle y certificar:

1.- CONSTANCIA DE EJECUTORIA DE SENTENCIA DE 1º INSTANCIA: La suscrita Secretaria del Despacho HACE CONSTAR que la sentencia de instancia se notificó a las partes en estrados en audiencia realizada el 10/02/2022 y como quiera que NO fue objeto de impugnación, aclaración y/o complementación, quedó debidamente ejecutoriada el 25/02/2022.

2.-LIQUIDACIÓN DE COSTAS: NO se presenta la correspondiente liquidación de costas conforme a los lineamientos establecidos en el artículo 366 del C.G.P., por cuanto mediante sentencia de instancia NO se impuso condena por tal concepto. Sírvase proveer. En constancia,


MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, Caldas, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Auto No.: 1468
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado No.: 170013339007-2019-00270-00
Demandante: IRMA OSORIO GUEVARA
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
Actuación: AUTO ORDENA ARCHIVO DEFINITIVO

Vista la constancia secretarial que antecede y como quiera que NO existe actuación pendiente por adelantar y que se ha agotado la instancia, procédase al ARCHIVO DEL EXPEDIENTE, previas las anotaciones a que haya lugar en los libros radicadores del Juzgado y en el aplicativo Justicia Web Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 04/07/2023


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, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia N°: 148-2023
Radicación: 17001-33-39-007-2022-00031-00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO
Demandante: CARLOS ARTURO OCAMPO OSPINA
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. 1198 del 07 de junio 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. 198 DEL 08 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. Hechos relevantes

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.

El artículo 15 de la ley 91 de 1989, le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de la cesantía de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

De conformidad con el párrafo 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de la cesantía de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la Ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguientes directamente al docente y la consignación

de las cesantías en el Fomag, en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente, a la Nación.

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.

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 cobija 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 las excepciones de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“falta de legitimación en la causa por pasiva de las entidades que represento, para asumir el pago de cesantías e intereses de cesantías cuando las mismas son reportadas por la entidad territorial extemporáneamente”*, *“inexistencia de la obligación”*, *“inexistencia de deber de la Nación – Mineducación – FOMAG, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”*, *“imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa – liquidación de la cesantía -, realizada por el ente territorial, con la de – consignación de la cesantía -, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990”*,

“imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”, “procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, “técnica de distinción (distinguishing) como razón para lo aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares”, “no procedencia de la condena en costas” y “genérica”.

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 13 de enero de 2023 se admitió la demanda. A través de proveído del 24 de abril de 2023 se resolvieron las excepciones previas. Con providencia del 07 de junio de 2023 el Despacho consideró procedente emitir sentencia anticipada, en consecuencia, se pronunció sobre la excepción de caducidad planteada ya que no se declararía mediante sentencia anticipada, sobre las pruebas, fijó el litigio, corrió traslado de las pruebas incorporadas y ordenó correr traslado para alegar de conclusión.

2.6. Alegatos de Conclusión

Parte demandante: Con escrito allegado el 23 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 con memorial del 22 de junio de 2023 indicando que el compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG NO contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

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

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

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

FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

Puntualiza que el régimen de cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás regímenes, y que lo dispuesto por el Consejo Directivo del FOMAG en materia de intereses de cesantías - Acuerdo No. 39 de 1998-, tiene plena vigencia, por tanto, no puede pretender la parte demandante que por vía de las pretensiones de la presente acción judicial se derogue una fuente normativa del acuerdo al que se hace referencia.

El Departamento de Caldas y el Ministerio Público 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”, “falta de legitimación en la causa por pasiva de las entidades que represento, para asumir el pago de cesantías e intereses de cesantías cuando las mismas son reportadas por la entidad territorial extemporáneamente”, “inexistencia de la obligación”, “inexistencia de deber de la Nación – Mineducación – FOMAG, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”, “imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa – liquidación de la cesantía -, realizada por el ente territorial, con la de – consignación de la cesantía -, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990”, “imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”, “procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, “técnica de distinción (distinguishing) como razón para lo aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares”, “no procedencia de la condena en costas” formuladas 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 1198 del 07 de junio 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 198 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 CARLOS ARTURO OCAMPO OSPINA 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.

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 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 3º *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

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”.

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 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, 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 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

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.*

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 dejó explícito 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.

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

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 **CARLOS ARTURO OCAMPO OSPINA** 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 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, por 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

⁵ Archivo "02EscritoDemandaAnexos" del expediente electrónico, p. 71 a 73

permanentemente cuenta 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 **CARLOS ARTURO OCAMPO OSPINA** 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.

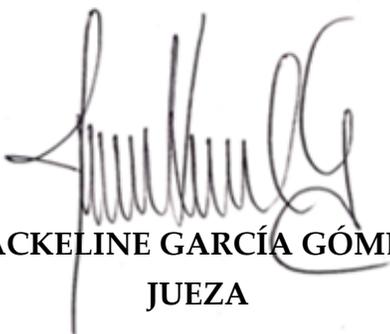
TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente expuesto.

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 04/07/2023


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, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

SUSTANCIACIÓN: 1478-2023
RADICACIÓN: 17001-33-39-007-2022-00055-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: DARDO JAVIER ÁNDICA BUENO
DEMANDADOS: NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL -
EJERCITO NACIONAL DE COLOMBIA

En atención a la constancia secretarial que obra en el archivo No. 12 del expediente electrónico, se tiene por **CONTESTADA** la demanda por parte de la Nación -Ministerio de Defensa Nacional -Ejercito Nacional de Colombia.

Al abogado Manuel Crisanto Monroy Rojas portador de la tarjeta profesional No. 101.664 del C. S. de la J., se le **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar como apoderado en nombre y representación de la Nación -Ministerio de Defensa Nacional -Ejercito Nacional de Colombia.

Así mismo, en virtud de lo establecido en el artículo 76 del Código General del Proceso, **SE ACEPTA LA RENUNCIA DEL PODER** efectuada por el abogado Manuel Crisanto Monroy Rojas, como quiera que con la solicitud se allegó copia del escrito enviado al Nación -Ministerio de Defensa Nacional -Ejercito Nacional en el que se acredita que se le comunicó la abdicación.

Teniendo en cuenta que no existen excepciones previas que resolver, de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se cita a las partes para Audiencia Inicial el día **MARTES DOCE (12) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) A LAS NUEVE DE LA MAÑANA (09:00 A.M.)**.

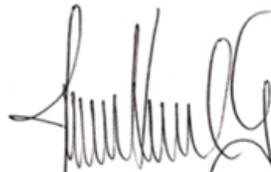
Cabe anotar que, a la misma **DEBERÁN COMPARECER OBLIGATORIAMENTE** los apoderados de las partes, so pena de incurrir en las sanciones previstas en el numeral 4 ibídem, empero, su inasistencia no impedirá el desarrollo de la diligencia.

La audiencia se realizará en modalidad NO PRESENCIAL, a través de comunicación simultánea o sucesiva, utilizando como herramienta tecnológica Lifesize.

Se ADVIERTE que toda comunicación dirigida al Despacho debe presentarse estrictamente de manera digital, en formato PDF, a través del correo electrónico admin07ma@cendoj.ramajudicial.gov.co, dentro de los horarios establecidos de atención al usuario (lunes a viernes de 07:30 am a 12:00 m y de 01:30 pm a 05:00 pm).

Así mismo, se INSTA a las partes y sus apoderados a presentar los memoriales de sustitución de poder y/o cualquier documento relacionado con la audiencia programada a más tardar durante el día hábil anterior a la diligencia, con el fin de incorporarlos al expediente oportunamente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 04/JULIO/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, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia N°: 149-2023
Radicación: 17001-33-39-007-2022-00076-00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO
Demandante: JHON JAIRO GÓMEZ URREA
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. 1154 del 05 de junio 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. 257 DEL 08 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. Hechos relevantes

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.

El artículo 15 de la ley 91 de 1989, le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de la cesantía de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

De conformidad con el párrafo 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de la cesantía de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la Ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguientes directamente al docente y la consignación

de las cesantías en el Fomag, en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente, a la Nación.

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.

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, venciéndose 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 cobija 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 3º 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 19 de mayo de 2023 se resolvieron las excepciones previas propuestas. A través de proveído del 05 de junio de 2023 el despacho consideró procedente emitir sentencia anticipada, en consecuencia, se pronunció sobre las pruebas, fijó el litigio, corrió traslado de las pruebas incorporadas y ordenó correr traslado para alegar de conclusión.

2.6. Alegatos de Conclusión

Parte demandante: Con escrito allegado el 08 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.

Lo anterior, 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, 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 15 de junio de 2023 indicando que el compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG NO contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

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

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

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

Puntualiza que el régimen de cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás regímenes, y que lo dispuesto por el Consejo Directivo del FOMAG en materia de intereses de cesantías - Acuerdo No. 39 de 1998-, tiene plena vigencia, por tanto, no puede pretender la parte demandante que por vía de las pretensiones de la presente acción judicial se derogue una fuente normativa del acuerdo al que se hace referencia.

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 1154 del 05 de junio 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 257 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 JHON JAIRO GOMEZ URREA 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).

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

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”.

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 de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera

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

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 *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

³ *Ibidem*.

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 explícito 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 **JHON JAIRO GOMEZ URREA** conforme certificación de extracto de intereses a las cesantías expedida por La Fiduprevisora S.A.⁵ es docente vinculado 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 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

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

⁵ Archivo “02EscritoDemandaAnexos” del expediente electrónico, p. 81.

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 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.

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 **JHON JAIRO GOMEZ URREA** 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.

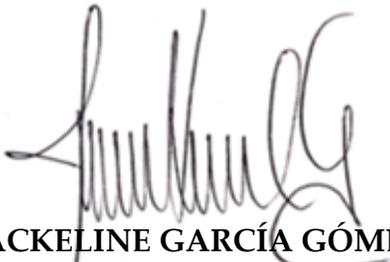
TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente expuesto.

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 4/07/2023


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, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia N°: 150-2023
Radicación: 17001-33-39-007-2022-00078-00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO
Demandante: CARIDAD MONTAÑO PORTOCARREÑO
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. 1152 del 05 de junio 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. 729 DEL 12 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

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.

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 29 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 agosto de 2022 se admitió la demanda. Con providencia del 19 de mayo de 2023 se resolvieron las excepciones previas propuestas. A través de proveído del 05 de junio de 2023 el despacho consideró procedente emitir sentencia anticipada, en consecuencia, se pronunció sobre las pruebas, fijó el litigio, corrió

traslado de las pruebas incorporadas y ordenó correr traslado para alegar de conclusión.

2.6. Alegatos de Conclusión

Parte demandante: Con escrito allegado el 08 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.

Lo anterior, 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, 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 15 de junio de 2023 indicando que el compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG NO contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

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

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

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

Puntualiza que el régimen de cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás regímenes, y que lo dispuesto por el Consejo Directivo del FOMAG en materia de intereses de cesantías - Acuerdo No. 39 de 1998-, tiene plena vigencia, por tanto, no puede pretender la parte demandante que por vía de las pretensiones de la presente acción judicial se derogue una fuente normativa del acuerdo al que se hace referencia.

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 1152 del 05 de junio 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 729 del 12 de octubre 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 CARIDAD MONTAÑO PORTOCARREÑO 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 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 3º *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

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”.

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, 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 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

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.*

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 dejó explícito 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.

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

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 **CARIDAD MONTAÑO PORTOCARREÑO** 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 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, 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.

Maxime si se tiene en cuenta 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,

⁵ Archivo "02EscritoDemandaAnexos" del expediente electrónico, p. 78.

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 **CARIDAD MONTAÑO PORTOCARREÑO** 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.

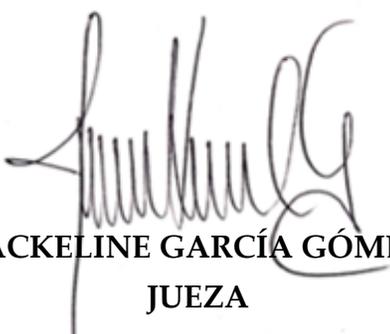
TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente expuesto.

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 04/07/2023


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, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia N°: 151-2023
Radicación: 17001-33-39-007-2022-00079-00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO
Demandante: LIBIA INES ORTIZ GONZALEZ
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. 1151 del 05 de junio 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. 273 DEL 08 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. Hechos relevantes

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.

El artículo 15 de la ley 91 de 1989, le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de la cesantía de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

De conformidad con el párrafo 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de la cesantía de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la Ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguientes directamente al docente y la consignación

de las cesantías en el Fomag, en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente, a la Nación.

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.

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 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 cobija 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 11 de agosto de 2022 se admitió la demanda. Con providencia del 19 de mayo de 2023 se resolvieron las excepciones previas propuestas. A través de proveído del 05 de junio de 2023 el despacho consideró procedente emitir sentencia anticipada, en consecuencia, se pronunció sobre las pruebas, fijó el litigio, corrió traslado de las pruebas incorporadas y ordenó correr traslado para alegar de conclusión.

2.6. Alegatos de Conclusión

Parte demandante: Con escrito allegado el 08 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.

Lo anterior, 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, 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 15 de junio de 2023 indicando que el compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG NO contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

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

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

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

Puntualiza que el régimen de cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás regímenes, y que lo dispuesto por el Consejo Directivo del FOMAG en materia de intereses de cesantías - Acuerdo No. 39 de 1998-, tiene plena vigencia, por tanto, no puede pretender la parte demandante que por vía de las pretensiones de la presente acción judicial se derogue una fuente normativa del acuerdo al que se hace referencia.

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 1151 del 05 de junio 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 273 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 LIBIA INES ORTIZ GONZALEZ 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

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”.

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 de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera

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

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 definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «un interés anual sobre

³ *Ibidem*.

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 explícito 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 **LIBIA INES ORTIZ GONZALEZ** 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 parte

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

⁵ Archivo “02EscritoDemandaAnexos” del expediente electrónico, p. 77 a 78

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.

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 **LIBIA INES ORTIZ GONZALEZ** 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.

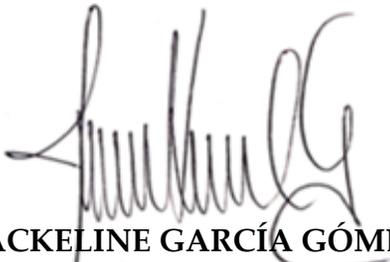
TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente expuesto.

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 04/07/2023


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, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia N°: 152-2023
Radicación: 17001-33-39-007-2022-00083-00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO
Demandante: MONICA PATRICIA PATIÑO HERNANDEZ
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. 1150 del 05 de junio 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. 313 DEL 08 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 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 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 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 18 de mayo de 2022 se admitió la demanda. Con providencia del 19 de mayo de 2023 se resolvieron las excepciones previas propuestas. A través de proveído del 05 de junio de 2023 el despacho consideró procedente emitir sentencia anticipada, en consecuencia, se pronunció sobre las pruebas, fijó el litigio, corrió

traslado de las pruebas incorporadas y ordenó correr traslado para alegar de conclusión.

2.6. Alegatos de Conclusión

Parte demandante: Con escrito allegado el 08 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.

Lo anterior, 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, 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 15 de junio de 2023 indicando que el compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG NO contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

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

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

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

Puntualiza que el régimen de cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás regímenes, y que lo dispuesto por el Consejo Directivo del FOMAG en materia de intereses de cesantías - Acuerdo No. 39 de 1998-, tiene plena vigencia, por tanto, no puede pretender la parte demandante que por vía de las pretensiones de la presente acción judicial se derogue una fuente normativa del acuerdo al que se hace referencia.

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 1150 del 05 de junio 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 313 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 MONICA PATRICIA PATIÑO HERNANDEZ 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 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 3º *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

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”.

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, 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 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

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.*

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 dejó explícito 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.

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

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 **MONICA PATRICIA PATIÑO HERNANDEZ** 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 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, por 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

⁵ Archivo "02EscritoDemandaAnexos" del expediente electrónico, p. 71 a 72

permanentemente cuenta 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 **MONICA PATRICIA PATIÑO HERNANDEZ** 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.

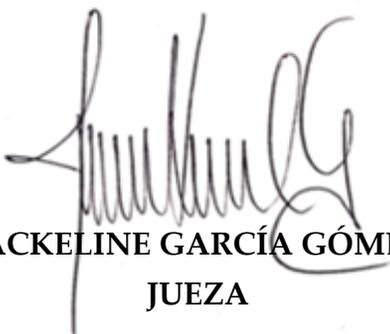
TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente expuesto.

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 04/07/2023


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, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia N°: 153-2023
Radicación: 17001-33-39-007-2022-00084-00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO
Demandante: SANDRA YULIETH CASTAÑO GUERRERO
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. 1149 del 05 de junio 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. 346 DEL 08 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. Hechos relevantes

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.

El artículo 15 de la ley 91 de 1989, le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de la cesantía de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

De conformidad con el párrafo 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de la cesantía de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la Ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguientes directamente al docente y la consignación

de las cesantías en el Fomag, en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente, a la Nación.

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.

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 cobija 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 24 de octubre de 2022 se admitió la demanda. Con providencia del 19 de mayo de 2023 se resolvieron las excepciones previas propuestas. A través de proveído del 05 de junio de 2023 el despacho consideró procedente emitir sentencia anticipada, en consecuencia, se pronunció sobre las pruebas, fijó el litigio, corrió traslado de las pruebas incorporadas y ordenó correr traslado para alegar de conclusión.

2.6. Alegatos de Conclusión

Parte demandante: Con escrito allegado el 08 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.

Lo anterior, 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, 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 15 de junio de 2023 indicando que el compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG NO contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

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

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

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

Puntualiza que el régimen de cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás regímenes, y que lo dispuesto por el Consejo Directivo del FOMAG en materia de intereses de cesantías - Acuerdo No. 39 de 1998-, tiene plena vigencia, por tanto, no puede pretender la parte demandante que por vía de las pretensiones de la presente acción judicial se derogue una fuente normativa del acuerdo al que se hace referencia.

Departamento de Caldas: Sostuvo mediante escrito del 20 de junio 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 1149 del 05 de junio 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 346 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 SANDRA YULIETH CASTAÑO GUERRERO 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 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 3º *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

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”.

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, 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 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

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.*

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 dejó explícito 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.

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

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 **SANDRA YULIETH CASTAÑO GUERRERO** 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 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, por tratarse 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.

Ello, 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

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

permanentemente cuenta 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 **SANDRA YULIETH CASTAÑO GUERRERO** 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.

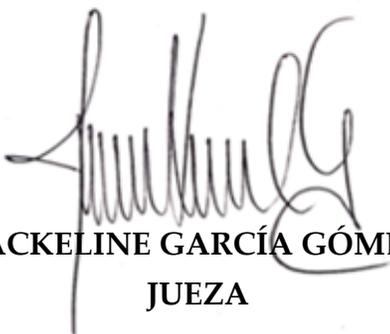
TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente expuesto.

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 04/07/2023


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, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia N°: 154-2023
Radicación: 17001-33-39-007-2022-00085-00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO
Demandante: ELIANA ELIZABETH CALDERON BLANDON
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. 1148 del 05 de junio 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. 674 DEL 12 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. Hechos relevantes

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 29 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 enunciaron 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 24 de octubre de 2022 se admitió la demanda. Con providencia del 19 de mayo de 2023 se resolvieron las excepciones previas propuestas. A través de proveído del 05 de junio de 2023 el despacho consideró procedente emitir sentencia anticipada, en consecuencia, se pronunció sobre las pruebas, fijó el litigio, corrió

traslado de las pruebas incorporadas y ordenó correr traslado para alegar de conclusión.

2.6. Alegatos de Conclusión

Parte demandante: Con escrito allegado el 08 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.

Lo anterior, 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, 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 15 de junio de 2023 indicando que el compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG NO contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

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

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

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

Puntualiza que el régimen de cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás regímenes, y que lo dispuesto por el Consejo Directivo del FOMAG en materia de intereses de cesantías - Acuerdo No. 39 de 1998-, tiene plena vigencia, por tanto, no puede pretender la parte demandante que por vía de las pretensiones de la presente acción judicial se derogue una fuente normativa del acuerdo al que se hace referencia.

Departamento de Caldas: Sostuvo mediante escrito del 20 de junio 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 1148 del 05 de junio 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 674 del 12 de octubre 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 ELIANA ELIZABETH CALDERON BLANDON 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

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”.

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 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 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 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 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

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

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.»>

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

³ *Ibidem*.

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 dejó explícito 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 **ELIANA ELIZABETH CALDERON BLANDON** conforme certificación

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

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 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, por 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.

Ello, 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

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

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 **ELIANA ELIZABETH CALDERON BLANDON** 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.

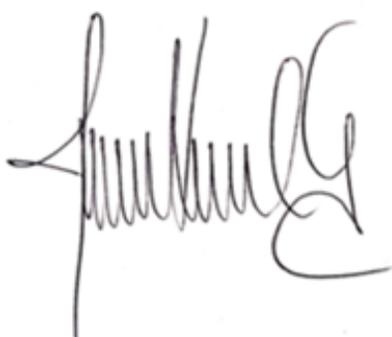
TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente expuesto.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized name, possibly 'F. G.', written in a cursive script.

JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

CCMP/Sust.

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 04/07/2023

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, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia N°: 155-2023
Radicación: 17001-33-39-007-2022-00086-00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO
Demandante: MARIA EUGENIA ORTIZ BOLAÑOS
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. 1153 del 05 de junio 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. 680 DEL 12 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. Hechos relevantes

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.

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 29 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 las excepciones de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, “consignación de intereses a las cesantías pende de remisión de la liquidación del ente territorial al MEN-FOMAG”, “imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del FOMAG”, “principio de inescindibilidad”, “indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías del FOMAG”, “procedencia de la condena en costas en contra del demandante” y “genérica”.*

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 05 de junio de 2023 el despacho consideró procedente emitir sentencia anticipada, en consecuencia, se pronunció sobre la excepción de caducidad planteada ya que no se declararía mediante sentencia anticipada, sobre las pruebas, fijó el litigio, corrió traslado de las pruebas incorporadas y ordenó correr traslado para alegar de conclusión.

2.6. Alegatos de Conclusión

Parte demandante: Con escrito allegado el 08 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.

Lo anterior, 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, 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 15 de junio de 2023 indicando que el compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG NO contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

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

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

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

Puntualiza que el régimen de cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás regímenes, y que lo dispuesto por el Consejo Directivo del FOMAG en materia de intereses de cesantías - Acuerdo No. 39 de 1998-, tiene plena vigencia, por tanto, no puede pretender la parte demandante que por vía de las pretensiones de la presente acción judicial se derogue una fuente normativa del acuerdo al que se hace referencia.

Departamento de Caldas: Sostuvo mediante escrito del 20 de junio 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”*, *“consignación de intereses a las cesantías pende de remisión de la liquidación del ente territorial al MEN-FOMAG”*, *“imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del FOMAG”*, *“principio de inescindibilidad”*, *“indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías del FOMAG”*, *“procedencia de la condena en costas en contra del demandante”* formuladas 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 1148 del 05 de junio 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 680 del 12 de octubre 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 MARIA EUGENIA ORTIZ BOLAÑOS 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

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”.

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 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: **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 8° del presente decreto.”

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

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:

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

- (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.>>

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.

³ *Ibidem.*

“(…) 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 dejó explícito 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*.

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

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 **MARIA EUGENIA ORTIZ BOLAÑOS** 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 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, por 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.

A lo anterior, se suma que, como ya se anotó, 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 *“imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del FOMAG formulada por la Nación -Ministerio de Educación -Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio e “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* propuesta

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

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 *“imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del FOMAG”* 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 **MARIA EUGENIA ORTIZ BOLAÑOS** 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.

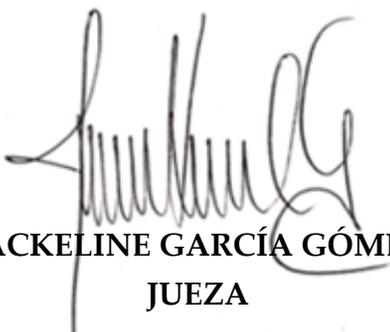
TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente expuesto.

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 04/07/2023

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, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia N°: 156-2023
Radicación: 17001-33-39-007-2022-00090-00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO
Demandante: CRISTIAN CAMILO GUALLARA 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. 1147 del 05 de junio 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. 208 DEL 08 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. Hechos relevantes

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.

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 24 de octubre de 2022 se admitió la demanda. Con providencia del 19 de mayo de 2023 se resolvieron las excepciones previas propuestas. A través de proveído del 05 de junio de 2023 el despacho consideró procedente emitir sentencia anticipada, en consecuencia, se pronunció sobre las pruebas, fijó el litigio, corrió

traslado de las pruebas incorporadas y ordenó correr traslado para alegar de conclusión.

2.6. Alegatos de Conclusión

Parte demandante: Con escrito allegado el 08 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.

Lo anterior, 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, 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 15 de junio de 2023 indicando que el compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG NO contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

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

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

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

Puntualiza que el régimen de cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás regímenes, y que lo dispuesto por el Consejo Directivo del FOMAG en materia de intereses de cesantías - Acuerdo No. 39 de 1998-, tiene plena vigencia, por tanto, no puede pretender la parte demandante que por vía de las pretensiones de la presente acción judicial se derogue una fuente normativa del acuerdo al que se hace referencia.

Departamento de Caldas: Sostuvo mediante escrito del 20 de junio 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 1147 del 05 de junio 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 208 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 CRISTIAN CAMILO GUALLARA GARCÍA 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

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”.

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 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 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 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 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

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

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.»>

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

³ *Ibidem*.

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 dejó explícito 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 **CRISTIAN CAMILO GUALLARA GARCÍA** conforme certificación de

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

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 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, por 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, sumando a que, como ya se anotó, 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

⁵ Archivo “02EscritoDemandaAnexos” del expediente electrónico, p. 67

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 **CRISTIAN CAMILO GUALLARA 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.

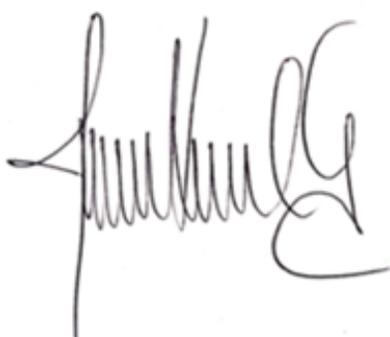
TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente expuesto.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized name, possibly 'F. G.', written in a cursive script.

JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

CCMP/Sust.

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 04/07/2023

MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

Micrositio Web PUBLICACIÓN ESTADOS ELECTRÓNICOS:

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