Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

D.E.I.P De Barranquilla, treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés 2023

Radicado	08-001-33-33-006-**2022-00232**-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	María Carlina Castilla Zapata
Demandado	Nación - Ministerio de Educación - FOMAG - Distrito de Barranquilla
Jueza	Lilia Yaneth Álvarez Quiroz

I. ASUNTO A DECIDIR

Procede el Despacho a dictar sentencia, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, interpuesto por la señora María Carlina Castilla Zapata, contra la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II. ANTECEDENTES

2. Demanda

2.1. Pretensiones

Como pretensiones de demanda, la actora presentó las que a continuación se mencionan las cuales fueron divididas por el accionante en declaraciones y condenas:

> *-"Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como o BRQ2021EE033015 de fecha 3 de diciembre de 2021, expedido por GIANNY WARFF SAMPER – JEFE DE OFICINA DE GESTION 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. ".*
>
> *- "Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG y la entidad territorial de D.E.I.P DE BARRANQUILLA, 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".*

2.1.2 Condenas

Primera: Condenar a los demandados a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990 en su artículo 99, consistente en un día de salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, hasta la fecha en que debieron consignarse las cesantías de 2020.

Segunda: Condenar igualmente a las encausadas a pagar la indemnización por el pago tardío de los intereses de cesantías, que señalan el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, causados desde 2020.

Tercera: Condenar a los demandados 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 y de los intereses de cesantías, referidos en el numeral anterior, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor, IPC, conforme hayan sido las cancelaciones, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin el presente proceso, al tenor de lo preceptuado en el artículo 187 del CPACA.

Cuarto: Condenar en costas a los demandados 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 los estipendios que sean reconocidos en esta sentencia.

Quinto: Condenar a los demandados, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro del presente proceso en el término de 30 días, en los términos dispuestos en el artículo 192 del CPACA.

Sexto: Que se condene en costas a las entidades demandadas.

2.2. Hechos

Al realizar el estudio del cuerpo de la demanda y sus anexos, como fundamentos fácticos de las pretensiones de demanda, se resumen los siguientes:

Primero: Con fecha 14/09/2021, 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.

Segundo: Antes de la presentación de este medio de control se solicitó a la Procuraduría Judicial para Asuntos Administrativos la fijación de audiencia de conciliación prejudicial con el objeto de llegar a acuerdos sobre las pretensiones de esta demanda, siendo declarada fallida esta posibilidad.

Tercero: Al observarse con detenimiento, que la entidad territorial y el MEN, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público (docente oficial) del año 2020, ante la FIDUCIARIA LA PREVISORA O EL FONDO DE PRESTACIONES

SOCIALES DEL MAGISTERIO – como cuenta especial de la NACION – y ambos términos fueron rebasados y por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, a partir del 16 de febrero de 2021.

2.3. Fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de violación.

Como fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de su violación, presentó la parte actora los argumentos que a continuación se resumen:

Disposiciones Violadas

- Ley 91 de 1989. Art. 5, 9 y 15.
- Ley 244 de 1995. Artículos 1 y 2.
- Ley 1071 de 2006. Artículos 4 y 5
- Decreto 2831 de 2005.
- Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53.
- Ley 50 de 1990, Art. 99.
- Ley 1955 de 2019. Art. 57.
- Ley 52 de 1975, art. 1.
- Ley 344 de 1996, artículo 13.
- Ley 432 de 1998, art. 5.
- Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3.
- Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Expresa la parte actora que el pago de la cesantía de los docentes afiliados al Fomag, es una situación jurídica susceptible de ser reconocida en sede judicial, por cuanto las entidades obligadas a responder por dicha prestación han estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, incurriendo en mora injustificada para el pago de la misma, contrario al pago de las cesantías de los demás servidores del estado, que al momento de solicitarlas, están siendo canceladas a más tardar dentro de los 30 días siguientes a su solicitud, por tratarse de emolumentos salariales que retiene el patrono, pero que son del empleado, para cuando éste, quede cesante en su actividad.

Arguye que en virtud de estas circunstancias, fueron expedidas de manera progresiva la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, mediante las cuales, se reguló la situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, estableciendo un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, conformado por los 15 días contados a partir de la radicación de la solicitud y los siguientes 45 días para proceder al pago al servidor, una vez expedido el acto administrativo de reconocimiento.

Manifiesta que a pesar que la jurisprudencia ha establecido que la disposición normativa debe ser interpretada en el sentido que entre el reconocimiento y pago de la prestación en comento, no debe superarse los setenta (70) días hábiles después de haber sido radicada la solicitud, la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ha venido cancelando por fuera de los términos establecidos en la Ley la prestación reclamada, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles

Dice que, *"en estas circunstancias, el espíritu garantista de la Ley 1071 de 2006, al establecer los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía de mi representado, está siendo burlada por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación, con posterioridad a los setenta (70) días después de haber realizado la petición de las mismas, obviando la protección de los derechos del trabajador, haciéndose la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio asumir o ser el acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma y con esta circunstancia pueda resarcirse los daños que causó a mi mandante, situación que debe ser oportunamente protegida por este despacho".*

Esboza que la ley 91 de 1989 en su artículo 2, numeral cinco, establece que las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar, hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

Explica que es así como la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, al establecer un término perentorio para la liquidación de la cesantía buscó fijar un imperativo para que la administración expidiera la resolución en forma oportuna, evitando que la autoridad demorara su respuesta, pretendiendo evadir la acción de la justicia.

Narra que, conforme a lo anterior, se puede vislumbrar que fue el mismo Estado, quien habiendo visto la burla que las entidades públicas encargadas del reconocimiento de la cesantía daban a sus empleados, pretendió remediar dicha situación con la expedición de la multicitada norma; pese a ello las entidades han evadido el mandato legal, incurriendo en mora injustificada y creando incertidumbre en el servidor frente al reconocimiento de la prestación, expidiendo el acto administrativo sólo cuando pudiera eventualmente, disponer de los recursos para la cancelación de la misma, pretendiendo evitar la imposición de la sanción por mora; sin embargo al encontrar el H. Consejo de Estado en esto, una situación tan irregular, procedió a explicar en multiplicidad de pronunciamientos, la formula como deben computarse los términos señalados para el pago de la prestación reclamada y empezar a causarse la sanción por mora que se solicita en esta oportunidad, lo que le significa, que debe accederse a las suplicas de la demanda.
.

2.4 Contestación De La Demanda

2.4.1 Nación - Ministerio de Educación Fomag

Surtido el traslado la Nación Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag, se pronunció en memorial del 20 de octubre de 2022[1]

Dicha entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en los argumentos que a continuación se resumen:

[1] Archivo 06 del expediente digital.

"(…)Colofón de lo expuesto, es claro que se trata no solo de dos regímenes completamente disimiles tanto en la liquidación como en la forma de pago, sino que además cada una de ellas tiene destinatarios distintos, pues se itera, la ley 50 de 1990 prevé su aplicación a los servidores públicos del nivel territorial afiliados a un fondo privado de cesantías y los docentes son empleados públicos del orden nacional afiliados por disposición legal única y exclusivamente a la cuenta especial de la Nación, mientras que los trabajadores particulares tienen derecho a escoger libremente el fondo de cesantías que mayor rentabilidad pueda generar a la administración de las mismas.
(…)

Por sí lo anterior no fuese poco, en el régimen especial docente no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la misma vigencia presupuestal se descuenta del presupuesto de las entidades territoriales una doceava parte del situado fiscal para reservar el valor del pasivo prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías, descartando inmediatamente la sanción mora por consignación extemporánea.
(…)

En consecuencia, la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de "liquidación de estas", teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente.
(…)

Ahora bien, aunado a lo anterior, no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.
(…)

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

Ahora, respecto 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, mediante la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares.
(…)

De la norma transcrita se concluye lo siguiente:

1. Esta norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al FOMAG quienes tiene norma especial, y se les aplica para el pago de los intereses a las cesantías el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

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

3. Existe una imposibilidad operativa de que exista sanción mora por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

4. Los empleadores de los docentes afiliados al FOMAG son las entidades territoriales de conformidad con las normas citadas anteriormente, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de "empleador", existiendo falta de legitimación en la causa por pasiva.

5. Las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la "consignación de cesantías", únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de "liquidación del valor de las cesantías" debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.

6. De aplicar a los docentes afiliados al FOMAG la Ley 52 de 1975, se desmejorarían sus condiciones respecto de la prestación "intereses a las cesantías" debido a que las condiciones dadas por su régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general, debido a que la liquidación de intereses para los docentes afiliados al FOMAG se realiza sobre el total del saldo acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

7. Respecto a la posibilidad del trabajador de escoger el fondo de cesantías que en la norma en cita se describe como "que el mismo elija", es un hecho de imposible aplicación porque todos los docentes oficiales por norma especial deben ser afiliados al FOMAG, por lo tanto, no hay escogencia de fondo por parte de los docentes.

8. Lo pretendido por el demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad de la ley, esto es, la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que le beneficia, infracción prohibida en la ley y la jurisprudencia.

(…)".

2.4.2 Distrito de Barranquilla

El Distrito de Barranquilla, contestó la demanda el 20 de octubre de 2022[2], bajo los siguientes argumentos que se resumen a continuación:

Se opuso a las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de falta de legitimación en causa procesal por pasiva, inaplicación de la sanción mora, validez del acto administrativo demandado y buena fe. A su vez expresó :

Que no le asiste a la demandante el derecho, y como consecuencia, la obligación las demandadas, de reconocer y pagar a favor de la educadora los valores que por sanción moratoria indexada por consignación extemporánea de intereses de cesantías y cesantías de acuerdo a Ley 50 de1990 que pretende la demandante.

[2] Archivo 05 del expediente electrónico.

Indica que para el caso que contextualiza la parte actora en la presente demanda, no resulta aplicable el contenido normativo de la Ley 50 de 1990, cuandoquiera que dicha disposición no tiene por objeto cobijar a los docentes oficiales, quienes en virtud al Decreto 196 de 1995, reglamentario de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, se encuentran obligatoriamente afiliados al el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag, que establece un régimen jurídico especial, establecido en la Ley 115 de 1994, Ley 91 de 1989 y la Ley 60 de 1993, lo cual es diferente a lo establecido en la Ley 50 de 1990.

Expresa que la Ley 50 de 1990, fue prevista para regular las relaciones laborales de los trabajadores particulares determinando su afiliación a los fondos privados, extendió su aplicación a los trabajadores estatales con la entrada en vigencia de la ley 344 de 1996. Y mediante el decreto 1582 de 19983 a los trabajadores del orden territorial, trabajadores oficiales y fuerza pública según decreto 1252 de 2000, empero dicha norma, que estableció la sanción mora para la consignación tardía de las cesantías anualizadas para los trabajadores afiliados a los fondos privados de cesantías no hace alusión expresa a los docentes oficiales, vinculados al FOMAG. Añade que es por ello que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, señaló que

> *"(…) no existe una norma que haya extendido la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 a los docentes beneficiarios del régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones sociales son administradas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, patrimonio autónomo de carácter público que no puede se equiparado a las instituciones financieras de carácter privado*".[3]

Explica que, en el mismo sentido, la Corte Constitucional se ha expresado, para lo cual citó la sentencia de unificación SU-098 de 2018, providencia que indicó que la sanción moratoria que estableció la Ley 50 de 1990 procedía para el caso específico de aquellos docentes que, por omisión o negligencia imputable al ente territorial y al Ministerio de Educación, no se haya efectuado su respectiva afiliación al FOMAG, en aplicación del principio de favorabilidad, lo cual no se puede extrapolar ni aplicar al caso que se ventila en el presente medio de control, pues no confluyen los mismos supuestos de hecho.

Añade que esa responsabilidad corresponde asumirla a la Nación - Ministerio de Educación Nacional FOMAG, por mandato de la Ley 91 de 1989 y sus Decretos reglamentarios, Ley 962 de 2005 y Decreto 2831 de 2005, en concordancia con la Ley 91 de 1989, norma ésta que creó el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, y estableció que todos los docentes oficiales, a partir del año 1990 que se vincularan al Magisterio estarían a cargo de la Nación y sus prestaciones serian pagadas por el Fomag, cuyos recursos son gestionados mediante contrato de Fiducia, para lo cual se contrató a la Fiduciaria La Previsora S.A., en ese orden, considera el ente territorial que carece de legitimación en causa procesal por pasiva para ser demandado en el presente medio de control.

---

[3] Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección segunda Subsección B., Sentencia de fecha 24 de enero de 2019, M.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Radicado. 76001-23-31-000- 2009-00867-01. Numero Interno. 4854-2014.

Que, en ese orden, las entidades territoriales son solo meros gestores del reconocimiento y pago del estipendio económico, en consecuencia, no debe ser el ente llamado a responder por una eventual condena en su contra.

Señala que no existe disposición legal que prevea la sanción moratoria contenida en la ley 50 de 1990, para los docentes oficiales que obligue al FNPSM y a los entes territoriales el pago de la sanción moratoria se lleva a cabo por mandato legal en desarrollo del régimen especial de los docentes, que dispone sanciones por omitir el cumplimiento del pago oportuno de las cesantías a los miembros del Magisterio.

En el caso del personal docente vinculado a la planta de personal docente de los departamentos, distritos y municipios es el establecido por la Ley 91 de 1989, para lo cual reconoció diferentes tipos de vinculación para el personal docente al servicio oficial docentes nacionales, nacionalizados y del orden territorial Los docentes fueron clasificados por la ley 60 de 1993, como docentes de régimen especial del orden departamental, distrital y municipal.

Propuso el ente territorial las excepciones de inaplicabilidad de la sanción mora frente a docentes del Magisterio; indebida pretensión de pago de la sanción moratoria, legalidad del acto administrativo impugnado y la excepción de falta de legitimación en causa procesal por pasiva; inexistencia de la obligación, prescripción e innominada.

2.5 Alegatos

2.5.1. Parte demandante

La parte demandante presentó alegatos de conclusión ratificándose en las pretensiones y fundamentos de la demanda y pronunciándose en el siguiente sentido:

Rindió alegatos finales, en los términos que a continuación se resumen:

> *Dicho que quedó 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.*
>
> *Manifestó que es tan clara la obligación de la nación consignar los recursos antes del 15 de febrero de cada año, que incluso los descuentos para estos efectos comienzan a ser descontados a los docentes y al sistema general de participaciones desde el mes de enero del año inmediatamente anterior*
>
> *Precisó que una particularidad del fomag es que no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la vigencia anterior se descuenta del presupuesto de las entidades territoriales una doceava parte del SGP para reservar el valor del pasivo prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías, en ese sentido existe la necesidad que ese dinero que ya tiene en su recaudo el Ministerio De Educación Nacional, simplemente debe consignarlo en el Fomag, para que sea administrado por la fiduciaria la Previsora, antes del 15 de febrero de cada año.*

Alegó que el problema que existe frente a la tardanza en el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas cuando el docente las solicita, que los hace acreedores de la sanción por mora de la Ley 1071 de 2006, precisamente es que los recursos no son girados por el Ministerio para financiar el Fomag y a la Fiduciaria le toca ir al Ministerio De Hacienda a solicitar adiciones presupuestales para ir sufragando tardíamente estos pagos.

Dio que es cierto que inicialmente existían sentencias en contra y otras a favor de las pretensiones docentes, pero precisamente por eso fue expedida sentencia de unificación, que clarificó la situación hacia el futuro.

Finalmente, dentro de los argumentos de defensa de las entidades demandadas, está que en la Sentencia SU- 573 de 2019, no se debatió la existencia del derecho a aplicar la mora de la ley 50 de 1990 a los docentes. Pero no trajo consigo esta providencia un cambio de criterio, lo que significa que continúa vigente el contenido de la SU-098 de 2018 de la Honorable Corte Constitucional. (…)".

2.5.1. Alegatos Fomag.

Colofón de lo expuesto es claro que los docentes son considerados no solo por ministerio de la ley sino por el precedente jurisprudencial del Máximo Órgano de Cierre de lo Contencioso Administrativo como empleados públicos del orden nacional, razón por la que se desvirtúa la calidad de servidores públicos del orden territorial previsto en el Decreto 1582 de 1998 que reglamentó la Ley 344 de 1996.

Por otra parte, y teniendo en cuenta que la norma bajo estudio implica que los destinatarios estén afiliados a fondos privados de cesantías, es menester memorar que el Legislador a través de la Ley 91 de 1989 creo el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con la finalidad de crear un patrimonio autónomo en aras de conciliar los intereses de los educadores definiendo las responsabilidades en materia prestacional y los mecanismos con los que se financiaran y administraran las mismas
(…)

1. Los docentes son destinatarios del régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989 como empleados públicos del orden nacional.
2. Se encuentran afiliados de forma obligatoria al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no a una cuenta individual elegida por el docente.

3. Tanto la liquidación de las cesantías como el trámite de la consignación son distintos para uno y otro régimen, circunstancia que abre paso a la necesidad de verificar si es dable la aplicación del principio de favorabilidad como consecuencia de la inexistencia de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías en el régimen especial docente.

Principio de favorabilidad para el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 al personal docente del sector oficial afiliado al FOMAG.

Colofón de lo expuesto es claro que se trata no solo de dos regímenes completamente disimiles tanto en la liquidación como en la forma de pago, sino que además cada una de ellas tiene destinatarios distintos, pues se itera, la ley 50 de 1990 prevé su aplicación a los servidores públicos del nivel territorial afiliados a un fondo privado de cesantías y los docentes son empleados públicos del orden nacional afiliados por disposición legal única y exclusivamente a la cuenta especial de la Nación, mientras que los trabajadores particulares tienen derecho a escoger

libremente el fondo de cesantías que mayor rentabilidad pueda generar a la administración de las mismas. En consecuencia, la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de "liquidación de estas", teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente.
(…)

Ahora bien, aunado a lo anterior, no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.
En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la "consignación" entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.
(…)

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

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

1. Esta norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al FOMAG quienes tiene norma especial, y se les aplica para el pago de los intereses a las cesantías el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
2. Las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG.

3. Existe una imposibilidad operativa de que exista sanción mora por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.

4. Los empleadores de los docentes afiliados al FOMAG son las entidades territoriales de conformidad con las normas citadas anteriormente, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de "empleador", existiendo falta de legitimación en la causa por pasiva.

5. Las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la "consignación de cesantías", únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de "liquidación del valor de las cesantías" debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.

6. De aplicar a los docentes afiliados al FOMAG la Ley 52 de 1975, se desmejorarían sus condiciones respecto de la prestación "intereses a las cesantías" debido a que las condiciones dadas por su régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general, debido a que la liquidación de intereses para los docentes afiliados al FOMAG se realiza sobre el total del saldo acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Respecto a la posibilidad del trabajador de escoger el fondo de cesantías que en la norma en cita se describe como "que el mismo elija", es un hecho de imposible aplicación porque todos los docentes oficiales por norma especial deben ser afiliados al FOMAG, por lo tanto, no hay escogencia de fondo por parte de los docentes. 8. Lo pretendido por el demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad de la ley, esto es, la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que le beneficia, infracción prohibida en la ley y la jurisprudencia.

Así las cosas, es dable concluir que existe una diferenciación relevante respecto a la liquidación del sistema de ley 50 de 1990, toda vez que los intereses a las cesantías que paga el FOMAG al educador son aquellos pagos programados en cuatro nóminas anuales, proyectadas a finales de los meses de marzo, mayo, agosto y diciembre, en virtud de lo dispuesto en el literal b del numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, reglamentado por el Acuerdo 39 de 1998 expedido por el CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Esta normativa implica una carga que debe asumir cada Secretaría de Educación, pues son estas quienes deben identificar qué docentes se encuentran afiliados al FOMAG y cuales tienen régimen de anualidad, para en consecuencia proceder anualmente a liquidar las cesantías y los correspondientes intereses a las cesantías, así como notificar a los educadores sobre los valores que liquidaron para que de esta forma puedan los docentes interponer los respectivos recursos.

En ese orden de ideas, se infiere que son las Secretarías de Educación las encargadas de reportar al FOMAG las liquidaciones de cesantías e intereses a las cesantías y de realizar los respectivos ajustes reportados por esta entidad frente a las liquidaciones. Conforme a lo previamente expuesto, es evidente que son las secretarias de Educación quienes reportan al FOMAG anualmente los valores causados para cada educador y dependiendo de la fecha en que esta liquide, limita la fecha en la que el FOMAG pague lo referente a los intereses".

2.5.2. Distrito de Barranquilla

Surtido el traslado, el Distrito de Barranquilla, no presentó alegatos.

2.5.2 Concepto Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto en el presente proceso.

2.6. Trámite Procesal

- La demanda fue presentada, en fecha 29 de julio de 2022.[4] la misma fue admitida en auto de fecha 8 de septiembre de este mismo año[5]

- Surtidos los trámites de notificación, la demanda fue contestada por el Distrito de Barranquilla – Secretaría de Educación, el 20/10/2022 y por el Fomag el 27/10/2022[6].

- De las excepciones propuestas, se corrió traslado directamente entre las partes sin necesidad de hacerlo mediante fijación en lista, tal como lo señala el artículo 201 A del CPACA, adicionado por el artículo 51 de la Ley 2080 de 2021.

- Mediante auto de fecha 22 de noviembre de 2022[7] fueron incorporadas las pruebas, fijado el litigio, y se corrió traslado para alegar para dictar sentencia anticipada[8].

III. CONSIDERACIONES.

3.1. Validez de la actuación.

Revisadas las actuaciones procesales, no se observan irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado.

3.2. Problema jurídico:

El problema jurídico en el presente asunto se concreta en determinar sí conforme a los cargos de nulidad propuestos por la actora, se desvirtúa la presunción de legalidad que reviste a los actos administrativos acusados.

Lo anterior pasa por determinar lo siguiente:

Corresponde establecer si el acto demandado infringe las normas en que debía fundarse, y, por lo tanto, si se desvirtúa su presunción de legalidad, en virtud de lo anterior, se deberá establecer si la parte demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de 76 días de sanción moratoria contenida en la de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

3.3. Tesis del Juzgado:

La tesis del Juzgado se sostendrá en los siguientes pilares:

1. *A la figura de la sanción por mora en la consignación de cesantías no es aplicable al régimen especial de cesantías de la Ley 91 de 1989, siendo ello una interpretación de aplicación normativa razonable, compatible con la Constitución Política de Colombia, que no vulnera ni el derecho a la igualdad ni el principio de favorabilidad.*

---

[4] Archivo N° 01 Expediente Digital
[5] Archivo 04 Auto Admite.
[6] Archivos 05 y 06 contestación demanda.
[7] Véase el archivo 08 del expediente digital.

2. *En lo atinente a la indemnización de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975 tampoco resulta aplicable al régimen especial docentes, por no estar prevista en la normativa especial, ni hacerse remisión legal, y porque ni siquiera hizo parte del análisis de la sentencia SU-098 de 2018 extender la aplicación de dicha norma al régimen especial docente, y tampoco se vislumbra una afectación a los principios de igualdad ni de favorabilidad.*

3.4. Marco jurídico y jurisprudencial

3.4.1. Régimen legal de las cesantías para los docentes públicos afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

El auxilio de cesantías es una prestación social que busca proteger al trabajador y a su respectivo grupo familiar, cuando este queda cesante por cualquier causa, en el sentido de garantizar su mínimo vital y solventar sus necesidades básicas, el fundamento de esta prestación se encuentra consagrado en los artículos 42 y 48 de la Constitución Nacional.

En lo que respecta a las cesantías se han regulado varios sistemas de causación, reconocimiento, liquidación y pago, en lo que respecta a este último, se reitera que busca proteger al trabajador cesante, razón por cual, se limita su cancelación a la finalización de la relación laboral (liquidación definitiva) o en las excepcionales establecidas en la Ley para su pago parcial (liquidación parcial), como son la financiación de los gastos por estudio, para la compra o mejoramiento de vivienda.

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, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.

El artículo 1º de la Ley 91 de 1989, distinguió entre los docentes nacionales, los nacionalizados y los territoriales, así:

> ***"ARTÍCULO 1o****. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:*
> *Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*
>
> *Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1. de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*
>
> *Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1. de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.*
>
> ***PARÁGRAFO.*** *Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad".*

El artículo 4 de la Ley 91 del 1989 enseña que 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...*"

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, regula las cesantías de los docentes:

> *"Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*
>
> *1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*
>
> ***Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978****, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.*
> *…*
> *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 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de 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, acumuladas 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.****"*

De lo anterior se extrae que, existen dos (2) regímenes de liquidación de cesantías para los docentes, el retroactivo y el anualizado, que se determinan teniendo en cuenta la fecha de vinculación al servicio público, así:

1. **Los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989**, corresponden al régimen de cesantías retroactivas, regidos por el literal A del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

2. **Los vinculados con posterioridad al 31 de diciembre del 1989**, hacen parte del régimen de liquidación anualizada de cesantías, regulado en el literal B del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 28 de octubre del 2019[9], manifestó:

> *"Sobre las cesantías el numeral 3 del artículo 15 ídem establece una distinción entre los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para quienes 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"; y los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y los nacionales vinculados desde antes (pero solo en lo que respecta a las cesantías que se causen desde el 1º de enero 1990), respecto de quienes el Fondo "pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad (…)".*
>
> *De la lectura de estas normas, se concluyó en la sentencia del 30 de noviembre de 2017 que "i). los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 «lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales», se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses" .*
>
> *En similar sentido, en la providencia del 31 de mayo de 2018 se señaló que a todos los docentes vinculados desde el 1º de enero de 1990 se les aplica el sistema anualizado de cesantías, así:*
>
> *"60. De la norma transcrita, se concluye que respecto de los docentes oficiales, la ley regula 2 situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación:*
>
> *1) Docentes nacionalizados, antes territoriales, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, quienes mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*
>
> *(…)*
>
> *2) Docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional,*

[9] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Sentencia 28 de octubre de 2019, Radicación número: 70001-23-33-000-2015-00245-01(1163-17)

Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, esto es, la Ley 344 de 1996 que sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989 consagró un sistema anualizado, así:
(…)

62. Así, en virtud de lo dispuesto por la citada Ley 344 de 1996 y la Ley 91 de 1989, aquellos docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se regularán por las normas de los empleados públicos del orden nacional, cuyo sistema se liquidación reviste las siguientes características:

i) Destinatarios: Docentes (nacionales o nacionalizados) vinculados desde el 1º de enero de 1990);

ii) Liquidación: El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación, 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;

iii) Intereses: Anual sobre el valor acumulado de la cesantía al 31 de diciembre de cada año, más la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo período".

3.4.2. El reconocimiento y pago de las cesantías a los docentes.

El régimen de cesantías de los docentes es especial y se financia con una multiplicidad de fuentes de recursos que se reúnen en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El artículo 9 de la Ley 91 de 1989:

> **"ARTÍCULO 9.** *Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por* **la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional**, **función que delegará** *de tal manera que se realice en las entidades territoriales."*

Conforme la disposición citada, es la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, la responsable del reconocimiento de las cesantías los docentes.

La regulación del tema la encontramos en los artículos 180 de la Ley 115 de 1994, 81 de la Ley 812 de 2003, 2 del Decreto 3752 de 2003 incorporado en el artículo 2.4.4.2.1.2. del Decreto 1075 de 2015, y 2.4.4.2.3.2.2. del Decreto 1272 de 2018.

El artículo 57 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019 estableció:

> *"ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.*
> *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo ***deberá aplicar el principio de unidad de caja*** *con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.*

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios.

No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención."

Esta norma ha sido recientemente reglamentada por el Decreto 942 de 2022 que modificó el Decreto 1075 de 2015 y a su vez el Decreto 1272 de 2018.

Bajo este marco, se entiende que las Secretarías de Educación de los entes territoriales son las encargadas de dictar los actos administrativos de reconocimiento y reliquidación de las prestaciones sociales en favor de los docentes, en ejercicio de una competencia de la Nación, quien por virtud legal actúa a través de estas.

Esto significa que la voluntad plasmada en los actos administrativos emana del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no de los municipios ni los departamentos a los cuales están adscritos los docentes titulares de los respectivos

derechos prestacionales, pues la Secretaría de Educación respectiva actúa en nombre de la Nación (Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio), y no en nombre del Alcalde ni del Gobernador.

En ese orden de ideas, ante los usuarios docentes afiliados al FOMAG, la reclamación de las cesantías, así como de la eventual sanción por mora en su pago de que trata la Ley 1071 de 2006, es directamente responsable la Nación (Ministerio de Educación - FOMAG), independientemente de que, a la luz de la Ley 1955 de 2019, sea exigible tanto a las Secretarías de Educación como a la Fiduprevisora S.A. una responsabilidad de orden patrimonial.

Sobre el particular, la Sección Segunda del Consejo de Estado desde la sentencia del 26 de agosto de 2019, Exp.1728-2018, M.P. William Hernández Gómez, al respecto de del reconocimiento de la sanción moratoria causada con anterioridad a la Ley 1955 dijo:

> ***"Se precisa que el parágrafo de su artículo 57 radica la responsabilidad del pago de la sanción moratoria tanto en el ente territorial como en el FNPSM, de acuerdo a la autoridad que hubiera incurrido en tardanza de la gestión de las cesantías de los docentes, según sus competencias, así: «PARÁGRAFO.*** *La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio****. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.».***"

Corolario de lo anterior, se entiende que, tanto las secretarías de educación como la Fiduprevisora S.A. serán responsables patrimonialmente de la mora en que incurran bien, en la expedición y notificación del acto administrativo de reconocimiento de cesantías, o bien, en el pago de las cesantías reconocidas, pero esto no implica que la Nación (Ministerio de Educación - FOMAG) deje de ser la responsable por vía administrativa o jurisdiccional de atender los requerimientos de los usuarios docentes con relación al reconocimiento y pago oportuno de las cesantías.

Es decir, la Ley 1955 de 2019 en cuanto señala que los recursos del FOMAG solo pueden destinarse al pago de las pensiones, cesantías y servicios de salud a sus afiliados y que no pueden decretarse pagos de indemnizaciones económicas por vía judicial ni administrativa con cargo a dicho fondo, y que la entidad territorial responderá del pago de la sanción por mora, al igual que indicó en un parágrafo transitorio que para financiar el pago de la sanción por mora causada hasta diciembre de 2019 se autorizó la emisión de títulos de Tesorería; no puede ser óbice para oponer los trámites interadministrativos entre las Secretarías de Educación territoriales y la fiduciaria La Previsora S.A. - Fiduprevisora, a los docentes en sus reclamaciones de la sanción por mora en el pago de las cesantías.

En resumen, la responsabilidad patrimonial que corresponda a las secretarías de educación o a la Fiduprevisora S.A. por mora en el pago de las cesantías no impide la condena a la Nación (Ministerio de Educación - FOMAG) por dicha causa, y el deber que les asiste de recobrar las sumas que deba pagar a los docentes a dichas secretarías y a la fiduciaria administradora de los recursos del FOMAG.

3.4.2. De la sanción moratoria de la ley 50 de 1990 y la indemnización de la ley 52 de 1975.

Conforme la Ley 91 de 1989 en su artículo 2 numeral 5 las prestaciones sociales como las cesantías son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, esto significa que **dicho Fondo es el pagador** y no es un conjunto de cuentas individualizadas de cada docente (artículo 5 numeral 1).

En el artículo 4º de la Ley, quedó contemplada la obligación de afiliación de los docentes al FOMAG, reglamentada por los Decretos 196 de 1995 y 3752 de 2003.

El artículo 8, establece como fuentes de financiación del FOMAG, los recursos de la Nación, de las entidades territoriales, de la Caja Nacional de Previsión Social, y del Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces:

> ***ARTÍCULO 8.*** *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:*
>
> *El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.*
>
> *Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
>
> *El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.*
>
> *El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
>
> *El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
>
> *El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4 de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales.*
>
> *El porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de las prestaciones del Magisterio.*
>
> *Las utilidades provenientes de las inversiones que haga el Fondo con fines de rentabilidad y los intereses recibidos por concepto de los préstamos que concedan.*
>
> *Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

En lo atinente a las cesantías el articulo 15 dispone:

> *3. Cesantías:*
>
> *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.

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.*

Conforme a lo expuesto, el FOMAG reconocerá y pagará un interés anual sobre el saldo de las 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 Financiera, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

De la norma aplicable a las prestaciones sociales que administra el FOMAG, se deduce que el trámite concerniente a la disposición de las cesantías en favor de los docentes, no implica la consignación de estas, sino la obligación de la realización de los aportes a cargo de las entidades responsables de la financiación, para que el Fondo cuente con los recursos que le permitan realizar el pago de las cesantías definitivas y parciales, en los especifico del tema que nos ocupa.

De hecho, varios de los recursos que corresponde aportar a los entes territoriales están disponibles en el Fomag desde el año anterior, y son trasladados directamente por el Ministerio de Hacienda al FOMAG, y otros aportes se realizan mensualmente. Los recursos del Fomag provienen de aportes patronales, aportes de los docentes y aportes adicionales del Gobierno Nacional, y se rigen por los principios presupuestales del Estatuto Orgánico del Presupuesto, entre ellos **el principio de unidad de caja.**

Siguiendo el Acuerdo N° 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fomag, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual y el manual operativo del Fomag, las cesantías se liquidan año por año (con anualidad) por cada entidad territorial, dicha liquidación, es remitida al Fomag para efectos del pago de los respectivos intereses a las cesantías de acuerdo con la DTF certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Dicho reporte de cesantías corresponde a los docentes activos y retirados y se liquida a través del sistema Humano (plataforma electrónica dispuesta por el Fomag en cumplimiento de las obligaciones del contrato de fiducia), y para el caso del reporte de las cesantías del año **2020** se estableció como fecha de límite el **5 de febrero de 2021.**

En cuanto al pago de estos intereses, el Fomag realiza un depósito en las cuentas bancarias docentes, y conforme el artículo 4 del Acuerdo 39 de 1998 dicho pago se realiza en el mes de marzo de cada año siguiente, para los reportes recibidos oportunamente a 5 de febrero, o en el mes de mayo, para los reportes recibidos hasta el 15 de marzo, y para reportes posteriores se hará programación posterior de pago.

El régimen de cesantías anualizado creado por la Ley 50 de 1990 regulado en los artículos 98 y 99, se caracteriza porque con corte a 31 de diciembre de cada año realiza una liquidación definitiva de las cesantías, valor que se consigna en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantías que éste elija a más tardar el 15 de febrero del año siguiente. La no consignación en la fecha establecida genera a cargo del empleador una indemnización por falta de consignación de cesantía en razón de un día de salario por cada día de retardo.

Bajo el anterior contexto para el Despacho, no podría predicarse respecto de la consignación de las cesantías previsto en la Ley 50 de 1990 que rige el Sistema Anualizado de Cesantías para trabajadores privados, obligación en cabeza del FOMAG, teniendo en cuenta que el régimen especial, contempla la existencia de la cuenta especial -y por ende la inexistencia de cuentas individuales- que se rige por el principio de unidad de caja, con disponibilidad permanente de recursos para el pago de las prestaciones sociales a su cargo, llámese cesantías o pensiones, y principalmente porque no existe norma legal establecida que contemple dicha consignación de las cesantías y que el fin de tal disposición en beneficio de los trabajadores privados está garantizado con la disponibilidad de los dineros producto de la concurrencia de las entidades encargadas de proveer los recursos.

Del mismo modo, la Ley 50 de 1990 prevé para el régimen anualizado de cesantías el pago de intereses sobre el valor de las cesantías consignadas a corte 31 de diciembre correspondiente al 12%. Es importante, precisar que el legislador no previó una sanción por la falta de consignación de los intereses. Sin embargo, en materia de derecho laboral privado se aplica lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, el cual en su numeral segundo prevé que los intereses deberán pagarse a más tardar el 31 de enero del año en que se causaron las cesantías so pena de incurrir en el pago de una indemnización por una sola vez equivalente al valor de los intereses causados.

En relación al tema la Corte Constitucional en la sentencia SU-098 de 2018, ha expuesto la aplicación de la Ley 50 de 1990 a los docentes en virtud del principio de favorabilidad, criterio que ha replicado el Consejo de Estado en sentencias 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. 08001-2333-000-201400208-01, 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. 08001-2333-000-201500331-01.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional resolvió una acción de tutela de un docente nombrado en provisionalidad que nunca fue afiliado al FOMAG, y que solicitó al ente territorial el reconocimiento y pago de sus cesantías conforme la Ley 50 de 1990. En sede judicial ordinaria se accedió parcialmente a las pretensiones, empero el Tribunal Administrativo del Valle y el Consejo de Estado consideraron que era inaplicable la Ley 50 de 1990 al docente demandante, lo que motivó la acción de tutela contra providencia judicial.

La Corte Constitucional consideró que procedía la tutela contra dichas providencias judiciales por la no aplicación del principio de favorabilidad. También argumentó que la sanción moratoria está ligada al pago o consignación oportuna del auxilio de cesantías, que permite, entre otros, el goce efectivo del derecho fundamental a la seguridad social.

En dicha sentencia argumentó que la Ley 91 de 1989 presuntamente no dijo nada acerca del derecho de los docentes al reconocimiento y pago de esta prestación (aserción que no encuentra eco con el análisis normativo referenciado en esta providencia), mientras que el artículo 99 numeral 3 de la Ley 50 de 1990 sí lo contempla. Además, argumentó que la Ley 344 de 1996 era aplicable a los docentes sin perjuicio de la Ley 91 de 1989, por virtud del Decreto 1582 de 1998 que extendió dicha ley a los servidores públicos del orden territorial, y el Decreto 1252 de 2000.

Y aun cuando reconoció en la jurisprudencia del Consejo de Estado que la Ley 50 de 1990 no era aplicable a los docentes ni siquiera por virtud de la Ley 344 de 1996 y decreto reglamentario, la Corte Constitucional se remitió al caso decidido en sentencia T-008 de 2015 de omisión de afiliación al FOMAG donde se condenó al ente territorial a responder por el pago de las cesantías no liquidadas con anterioridad a la afiliación y le impuso la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990.

Seguidamente hizo alusión al principio de favorabilidad en la interpretación laboral, para indicar que éste procede ante duda seria y objetiva de elegir entre dos o más interpretaciones, o ante la concurrencia de interpretaciones en un caso concreto, para destacar que dicho principio debe guardar consonancia con el principio de inescindibilidad, en este sentido su armonización consiste en que una vez se elige la norma más favorable, esta debe aplicarse en su totalidad sin escindir su contenido; y existen casos en los que dicha Corporación ha aplicado el régimen general a personas que están amparadas por un régimen especial, sin que se desconozca el principio de inescindibilidad. Tal es el caso de la aplicación de la norma sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías a los servidores públicos por pago tardío, que aplicó a los docentes oficiales.

A partir de lo anterior, la SU-098 de 2018 reconoció que no existe una posición unificada respecto a la aplicación de la norma de reconocimiento y pago de la sanción moratoria que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes, empero adujo que los empleados públicos que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del Decreto 1252 de 2000 tienen derecho al pago de las cesantías en los términos establecidos en la Ley 50 de 1990 y que lo allí dispuesto se aplica aún en el evento en que el servidor público se rija por un régimen especial que regule las cesantías.

Posteriormente dentro de su argumentación, sostiene 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 señala:

> *"Para la Sala, la anterior interpretación no resulta incompatible con el régimen especial que regula la figura del auxilio de cesantías de los docentes porque no*

afecta los requisitos, términos y competencia para su reconocimiento ni afecta el derecho de los docentes a esta prestación como tampoco genera exclusiones entre los docentes del magisterio, lo cual, al parecer, si se derivaría de la interpretación según la cual solo los docentes del sector territorial tendrían derecho a esta consecuencia legal por el incumplimiento de la consignación de la prestación social del auxilio de cesantías.

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

Para este juzgado, la sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional es un criterio aislado que no resulta vinculante en el presente caso toda vez que el caso que allí se decidió no guarda identidad fáctica con el que se debate en el presente proceso y no hace parte del criterio jurisprudencial vigente de la Corte Constitucional acerca del carácter especial del régimen prestacional de los docentes y su validez constitucional por no vulnerar el derecho a la igualdad ni el principio de favorabilidad.

De otra parte, en sentencia SU-332 de 2019 la Corte señala que no pretende asignarle la categoría de derecho fundamental al reconocimiento de la sanción por mora debido al pago tardío de cesantías, ni tampoco elevar a rango constitucional las posturas interpretativas que existen respecto de dicha cuestión, sino únicamente destacar la posibilidad de la aplicación de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, normas que expresamente consagran su aplicación.

Seguidamente, **en sentencia SU-573 de 2019 recoge el criterio de la SU-098 de 2018.** En esta nueva oportunidad, la Corte Constitucional selecciona tres acciones de tutela para revisión, en contra de decisiones del Consejo de Estado que negaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías prevista por el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de y la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998.

Los casos también trataron de docentes no afiliados oportunamente al Fomag, y al realizar el análisis de procedencia, la Corte Constitucional a través de su Sala Plena determina que los casos carecen de relevancia constitucional, así sostuvo que *"las supuestas irregularidades advertidas por los actores no cumplen con esta exigencia jurisprudencial, debido a que la controversia planteada: (i) versa sobre un asunto meramente legal, con una connotación patrimonial privada, (ii) que no tiene relación directa con la presunta afectación de un derecho fundamental, y (iii) busca reabrir el debate concluido por el juez ordinario, por cuanto no se advierte prima facie una actuación arbitraria o ilegítima de la autoridad judicial".*

La Corte Constitucional señala que "*en dichos casos el debate se restringe a determinar "cuál es la interpretación más adecuada que puede darse a la normatividad" que regula el reconocimiento y pago de una penalidad económica -sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías- en el régimen prestacional de los docentes oficiales. Lo anterior da cuenta de que, en realidad, la presunta vulneración a los derechos fundamentales de los accionantes versa sobre una cuestión de interpretación*

meramente legal, que no impacta la garantía de derechos fundamentales sino patrimoniales."

También refiere la Corte que en realidad la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías no es un derecho fundamental ni está ligada a la satisfacción de una garantía de naturaleza constitucional, y que la discusión se restringe a un derecho patrimonial accesorio a las cesantías que no representa ni amenaza mucho menos vulneración a los derechos fundamentales a la seguridad social, igualdad, "seguridad jurídica" y debido proceso.

Tampoco considera que se vulnere los principios de igualdad y favorabilidad del artículo 53 de la Constitución Política, porque no acredita un trato diferenciado de los jueces a los ciudadanos en casos con iguales supuestos fácticos. Es que en realidad y conforme las consideraciones que este juzgado ha venido realizando, no es posible predicar un trato diferenciado inconstitucional entre el régimen especial docente y el régimen general de cesantías vigente (sistema anualizado).

La Corte en la SU-573 de 2019 refiere concretamente que:

> *"El presunto defecto sustantivo en que habrían incurrido las decisiones censuradas exige dirimir un asunto de mera legalidad, que se circunscribe a determinar si el régimen legal que rige las prestaciones sociales de los docentes es el contenido en la Ley 91 de 1989 y Decreto 1831 de 2005 o el regulado por Ley 50 de 1990, Ley 344 de 1996 y Decreto 1582 de 1998. Además, conlleva establecer aspectos legales acerca de (i) la calidad de la vinculación de los docentes -territoriales, nacionales o nacionalizados- y, (ii) el fondo administrador de cesantías en que debe efectuarse la afiliación para que se cause la penalidad por no consignación oportuna de la prestación social. Lo anterior, a pesar de que la discusión legal planteada ya fue resuelta por el Consejo de Estado, al negar la sanción pretendida por considerar que la Ley 50 de 1990 solo era aplicable, "a los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, requisitos que no cumple[n] [los] docente[s], pues no reúne[n] la condición de territorial y tampoco se encuentra[n] afiliado[s] a un fondo privado administrador de cesantías de aquellos creados por la Ley 50 de 1990".*
>
> *64. Por otra parte, es preciso destacar que la presunta inaplicación del principio de favorabilidad laboral -artículo 53 de la Constitución-, argumento empleado para sustentar el defecto por desconocimiento del precedente, es una cuestión que ya fue debatida en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho promovidos por los tutelantes, habida cuenta de que estos alegaron como concepto de violación: el desconocimiento de los artículos 13 y 53 de la Constitución. En relación con dicho planteamiento, el Consejo de Estado indicó que, por tratarse de un régimen de liquidación diferente, no era dable a los docentes "recibir los beneficios de un sistema para que con posterioridad a la obtención de aquellos pretenda la aplicación de otro régimen, so pretexto del carácter de su vinculación, pues "favorecerse de las ventajas de uno y otro [...] desconocería el principio de inescindibilidad de la ley laboral". "*

Por último, recientemente se dictó la sentencia SU-041 de 2020 en la cual se adoptan

una serie de medidas para promover una respuesta oportuna a las peticiones de reconocimiento de sanción por mora en el pago de las cesantías de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 y la financiación de las obligaciones derivadas por la aplicación de dichas normas en el régimen especial de los docentes. Vale decir que en dicha sentencia no se mencionó la SU-573 de 2019, y sobre las demás SU previamente referidas en esta providencia indicó que las mismas **no tienen efectos** *inter comunis.*

De todo lo dicho, se extrae que la existencia de la sentencia SU-098 de 2018 no impone la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a este caso en estudio, pues el criterio expuesto por nuestra respetada Corte Constitucional no es una decisión vinculante sino un pronunciamiento aislado, prontamente variado por la SU-573 de 2019 que sería más reciente en el tiempo, última providencia en la cual diáfanamente se señaló que la sanción por mora en la consignación de cesantías no es aplicable al régimen especial de cesantías de la Ley 91 de 1989, siendo una interpretación de aplicación normativa razonable, compatible con la Constitución Política de Colombia, que no vulnera ni el derecho a la igualdad ni el principio de favorabilidad.

Finalmente, aunado a los argumentos expuestos en precedencia, en lo atinente a la indemnización de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975 tampoco resulta aplicable al régimen especial docentes, por no estar prevista en la normativa especial, ni hacerse remisión legal, y porque ni siquiera hizo parte del análisis de la sentencia SU-098 de 2018 extender la aplicación de dicha norma al régimen especial docente, y tampoco se vislumbra una afectación a los principios de igualdad ni de favorabilidad.

3.5. Caso Concreto.

3.5.1 Hechos probados

-. Está acreditado que la señora **María Carlina Castilla Zapata** se encuentra afiliada al FOMAG en su condición de docente oficial, en el régimen de cesantías anual, conforme al extracto de los intereses a las cesantías obrante en el proceso. Afiliación que, conforme a la relación de liquidación y pago realizados contenidos en dichos certificados, se entiende desde el año 2001[10].

- Igualmente, del extracto de intereses a las cesantías del fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la docente demandante; se desprende que los intereses de las cesantías del año 2020, le fueron cancelados el 27 de marzo del año 2021[11].

- La demandante realizó reclamación administrativa el 14 de septiembre de 2021, solicitando el reconocimiento y pago por la sanción por mora por inoportuna consignación de cesantías y el pago tardío de los intereses del año 2020. Petición que le fue respondida por la Secretaría de Educación del Distrito de Barranquilla, a través del oficio No. BRQ2021EE033015, de fecha 3 de diciembre de 2021, negando el reconocimiento de los derechos solicitados[12].

[10] Folios 48-49 del archivo 02 del expediente digital
[11] Ibídem, folio 48 epígrafe de "intereses pagados"
[12] Archivo 02 folios al 38 al 47, del expediente digital.

- Con comunicado No, 8 de 11 de diciembre de 2020 el Fomag, a las Secretarías de Educación solicita el reporte de cesantías para pago de intereses nómina 2020 de docentes activos y retirados para dar cumplimiento al Acuerdo 39 de 1998, señalando como fecha límite el 5 de febrero de 2021[13]; y con comunicado No, 16 de 17 de diciembre de 2019 solicitó el reporte de cesantías para pago de intereses nómina 2019 con fecha límite 5 de febrero de 2020[14].

3.5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico planteado

La demandante, quien es docente afiliada al FOMAG, pretende que se le reconozca y pague el equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo contados a partir del 15 de febrero de 2021, por concepto de sanción mora por la no consignación oportuna de las cesantías del año 2020.

En razón a su condición de docentes, son sujetos en materia de cesantías al régimen previsto en la Ley 91 de 1989.

Bajo la consagración normativa revisada en el marco jurídico y jurisprudencial de esta providencia, que rige a este régimen especial tenemos las siguientes características:

i. El único Fondo que administra las cesantías es el FOMAG, fondo al cual por obligación deben ser afiliados los docentes oficiales.

ii. Las cesantías las paga la Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, los docentes no poseen cuentas individualizadas.

iii. En el régimen anualizado, las cesantías, no se liquidan de forma definitiva, sino mediante un acumulado, año a año.

iv. La liquidación individual de las cesantías de los docentes es reportada por parte del ente territorial correspondiente a 5 de febrero de cada año a través de la plataforma informática HUMANO del FOMAG.

v. los intereses se liquidan y reportan a 5 de febrero de cada año, y se calculan sobre la suma acumulada de todas las cesantías liquidadas año a año, y se pagan en el mes de marzo de cada año.

En ese orden de ideas, no existe consagración legal que imponga a las secretarías de educación de los entes territoriales correspondientes, la obligación jurídica de realizar la consignación de las cesantías al Fomag, contemplada en la Ley 50 de 1990. La secretaría de educación territorial a la cual se encuentra vinculada el docente demandante, 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 2021, y la Fiduprevisora como vocera del Fomag realizar el depósito de los intereses a las cesantías en el mes de marzo de cada año siguiente, conforme el Acuerdo 39 de 1998.

[13] Véase el archivo *06contestaciónFOMAG.pdf*, folios 35 al 39, del expediente digital.
[14] Ibidem.

Milita en el expediente certificación que, entre otras cosas, da cuenta del cumplimiento de las normas que regulan la financiación de recursos del Fomag, en lo concerniente a la liquidación de giros de cesantías por el Ministerio de Educación Nacional durante la vigencia 2020, ello puede observarse en el archivo 01 del expediente digital, páginas 48 a 49.

Tempranamente se puede concluir que, se encuentra que, en cada caso, las entidades demandadas dieron cumplimiento a las obligaciones que, en el marco del régimen especial de los docentes tenían asignadas, a fin de garantizar la liquidación y disponibilidad de las cesantías correspondientes al año 2020.

Siendo que la sanción e indemnización reclamada por la demandante es ajena al régimen especial docente, en el que no existe la obligación de la consignación anual de cesantías por las entidades Nacionales y territoriales al Fomag, sino un reporte de las mismas y sus intereses en las fechas definidas anualmente según la Ley 91 de 1989 y específicamente el Acuerdo 34 de 1998, como se ha aclarado ampliamente en este proveído, resulta incompatible en virtud del principio de inescindibilidad normativa, aplicar, como lo pretende la parte actora, lo previsto en la Ley 50 de 1990.

En cuanto al criterio vertido en la sentencia SU-098 de 2018, no es aplicable a las situaciones particulares que acá se estudian, por tratarse de presupuestos disimiles frente a las cuales no es posible aplicar en igualdad el precedente allí desarrollado, que tal y como se dijo constituye una sentencia insular respecto al manejo y aplicación de la sanción moratoria, que además posteriormente fue variado por la SU-573 de 2019 que sería más reciente en el tiempo, en la cual se señaló que la sanción por mora en la consignación de cesantías no es aplicable al régimen especial de cesantías de la Ley 91 de 1989.

Aunado a todo lo dicho, en gracia de discusión, bajo la pretensión de aplicar el principio de favorabilidad de lo contemplado en la Ley 50 de 1990, desde la finalística sería verificar que el empleador pueda garantizar la disponibilidad de las cesantías al empleado en este caso el docente, tenemos que, debería acreditarse que a fecha 14 de febrero de 2021, los recursos que se encontraban en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio eran insuficientes para atender el 100% de las liquidaciones de cesantías de la vigencia 2020 que se realizaron en la plataforma Humano destinada para tales efectos, propósito probatorio que reviste de orfandad pues resulta imposible determinar si ese hipotético faltante corresponda a las cesantías de la demandante y no a otro docente, precisamente porque dichos recursos no se manejan a través de cuentas individuales.

Finalmente, tampoco es procedente aplicar la sanción por no consignación de cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, toda vez que no es posible establecer el límite final de la sanción moratoria sin incurrir en una doble imposición sancionatoria por coincidencia con la sanción de la Ley 1071 de 2006. Así tampoco, será procedente la indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975 por no estar prevista en la normativa especial.

En conclusión, el régimen de las cesantías aplicable a la parte demandante es el anualizado en aplicación de la Ley 91 de 1989, resultando incompatible aplicar disposiciones contenidas en la Ley 50 de 1990 y Ley 52 de 1975. Siendo ello así, se

negarán las pretensiones de la demanda y así se hará constar en la parte resolutiva de esta providencia.

3.6. Condena en Costas

Finalmente, el Juzgado no condenará en costas, en razón de que la parte vencida no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a ello, tal como el haber incurrido en temeridad, irracionalidad absoluta de su pretensión, en dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Sexto (06) Administrativo Oral de Barranquilla,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DENIÉGUENSE las pretensiones de la demanda.

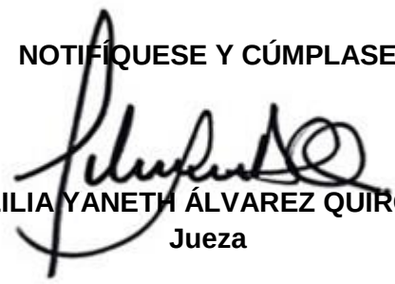
SEGUNDO Sin costas, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A.

TERCERO: Una vez ejecutoriada estas sentencias, archívese el expediente.

CUARTO: Notifíquese el presente fallo a la señora Procuradora delegada del Ministerio Público ante este Despacho.

QUINTO: Se ordena la expedición de copias que soliciten las partes conforme a lo previsto en el artículo 114 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ
Jueza

ACO

.