



Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, siete (7) de septiembre del dos mil veintitrés (2023)

Acción: NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 73001 33 33 010 2022 00189 00
Demandante: MARIO JOHEL PINEDA COTES
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA
Tema: Sanción moratoria cesantías ley 50
Asunto: Sentencia

I. ANTECEDENTES

En atención a la decisión proferida en la audiencia adelantada el treinta (30) de agosto del cursante, en la cual se manifestó **que se negarían las pretensiones** de la demanda que promovió el señor **MARIO JOHEL PINEDA COTES** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**, el despacho procede a emitir los argumentos que soportan dicha decisión, dentro del término legal señalado en el numeral 2º del artículo 182 de la Ley 1437 de 2011.

1. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio **TOL 2021 ER 048033 del 13 de enero de 2022** mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990 artículo 99 por la consignación tardía de las cesantías causadas en el año 2020 al docente señor **Mario Johel Pineda Cotes** y la indemnización por el retardo en el pago de los intereses a la cesantía del año 2020 establecido en la Ley 52 de 1975 artículo 1, Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

1.2 Que se declare que el accionante tiene derecho a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990 por la consignación tardía de las cesantías y la indemnización por el retardo en cancelar los intereses a la cesantía.

1.3 Que como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho, se condene a las accionadas a reconocer y pagar la sanción por mora establecida la Ley 50 de 1990 artículo 99, equivalente a un (1) día de 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 al docente señor **Mario Johel Pineda Cotes**

1.4 Condenar a las accionadas a reconocer y pagar la indemnización, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, equivalente al valor de los intereses causados durante el año 2020, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991

1.5 Condenar a las accionadas 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 la indemnización por pago extemporáneo de los intereses a la cesantía de conformidad con el artículo 187 del C.P.A.C.A., teniendo como base la variación del índice de precios

al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso

1.6 Condenar a las accionadas al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente al de la ejecutoria de la sentencia y hasta que se efectúe el pago efectivo de las sanciones reconocidas en la sentencia, acorde con el artículo 192 del C.P.A.C.A

1.7 Que se condene a la accionada a dar cumplimiento al fallo acorde con lo establecido en los artículos 192 y 195 de la ley 1437 del 2011.

1.8 Que se condene en costas a las entidades demandadas.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos que son susceptibles de sintetizar así:

2.1 Que el señor **Mario Johel Pineda Cotes c.c. No 5.925.505**, el 23 de diciembre del 2021 con radicado No TOL 2021 ER 048033 y por intermedio de apoderada, presento reclamación administrativa, solicitando a la Secretaria de educación y cultura del Departamento del Tolima y al FOMAG: i) reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 99 Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías anualizadas, ii) 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, y, iii) reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de las sanciones moratorias.

2.2 El 13 de enero de 2022 con Oficio TOL2022EE001198 el Profesional Universitario de Prestaciones Sociales del FOMAG dio respuesta a la solicitud indicando:

“(...) El personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses establecido en la Ley 91 de 1989 y Desarrollado en el decreto 2831 de 2005, ii) El artículo 1 Decreto 1582 de 1998 estableció que el sistema de cesantías regulado por la ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos privados de cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente afiliado al FOMAG, por tanto, el régimen de ley 50 de 1990 no es aplicable al personal docente ya que este no cumple con el requisito de estar afiliado a un fondo privado de cesantías, iii) La normatividad legal, no contempla la posibilidad de pagar intereses sobre intereses, sanciones o indemnizaciones respecto a los desembolsos sobre los intereses a las cesantías, como tampoco la aplicabilidad directa o por analogía las disposiciones legales que rigen las relaciones individuales de los trabajadores particulares, iv) Al Fondo Nacional de Prestaciones Social del Magisterio no le aplican las disposiciones de la Ley 50 de 1990 y que no tiene la naturaleza de un Fondo privado de cesantías, por lo tanto, no es posible acceder a su solicitud.(...)”

5.3. El 23 de diciembre del 2021 con Radicado No. TOL 2021 ER 048032 el señor Pineda Cortes mediante derecho de petición solicitó a la Secretaria de Educación del ente territorial y al FOMAG: i) Indicar la fecha exacta en que fueron consignadas las cesantías al FOMAG por parte de esa entidad territorial, ii) Copia de la respectiva consignación o planilla utilizada, el valor exacto consignado y copia del certificado de disponibilidad presupuestal para la realización del respectivo trámite y iii) Copia del acto administrativo de reconocimiento de la cesantía anual a la accionante para el año 2020.

5.4 El Técnico Operativo Prestaciones Sociales Grupo de Talento Humano - Secretaría de Educación del Departamento del Tolima mediante oficio TOL 2022 EE 003792 del 4 de febrero del 2022, señaló que la Secretaria de Educación y Cultura del Tolima es la entidad competente para emitir el acto administrativo, pero para efectos de consultar sobre el pago debía realizar la consulta ante la FIDUPREVISORA S. A., por cuanto son ellos la entidad

la entidad pagadora conforme lo establecido por la Ley 97 de 1989, Decreto 2831 de 2005 y Decreto 1272 de 2018.

La apoderada del accionante presentó derecho de petición al FOMAG y a la FIDUPREVISORA solicitando: i) indicar cual fue el valor exacto consignado con anterioridad al día 15 de febrero de 2021, por parte del Departamento del Tolima o del Ministerio de educación nacional, ii) expedir copia de la constancia de la respectiva consignación, iii) indicar la fecha exacta en la cual fueron cancelados los intereses a las cesantías

5.5. El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el 6 de agosto del 2021 dio respuesta a la petición señalando que:

“(...) i) El personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses establecido en la ley 91 de 1989 y desarrollado en el Decreto 2831 de 2005, ii) El artículo 1 del Decreto 1582 de 1998 estableció que el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos privados de cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente afiliados al FOMAG, por expreso mandato de la Ley 91 de 1989 cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías, iii) La normatividad legal conformado por la Ley 91 de 1989, Decreto 3135 de 1968, Decreto 3118 de 1968 y demás decretos reglamentarios, no contemplan la posibilidad de pagar intereses sobre intereses, iv) El Fomag recibe la totalidad de los recursos para el pago de las cesantías y de los intereses a las cesantías, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobados en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, mediante la elaboración del Programa Anual Mensualizado de Caja y dado el marco jurídico especial aplicable al Fondo, la entidad territorial no es quién gira los recursos para el pago de las cesantías de cada docente.(...)”

5.6. Mediante comunicado N. 008 del 11 de diciembre de 2020 Radicado No. 20200170161153 expedido por el FOMAG dirigido a los Secretarios de Educación y responsables de las oficinas de prestaciones sociales, dio unas pautas respecto al procedimiento para pago de intereses a las cesantías y así dar cumplimiento con el Acuerdo 039 de 1998.

5.7 El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio certifico que al accionante se le liquidaron las cesantías para la vigencia del año 2020 y cancelado los intereses correspondientes el 27 de marzo del 2021.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En desarrollo de la audiencia inicial el 30 de agosto del 2023 el despacho dispuso que se tendrá por no contestada la demanda sin haber lugar a pronunciamiento sobre excepciones propuestas, en razón a que la Nación - Ministerio de Educación - FOMAG allegó la contestación de la demanda en forma extemporánea y el Departamento del Tolima no contestó el libelo introductorio, tal como se acredita en la constancia secretarial de fecha 12 de mayo del 2023 visible en el archivo [20Despachofijarfecha A.pdf](#) del E.D. tal como quedó consignado en el acta No 0104¹ de la fecha en cita.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1. Parte demandante

En desarrollo de la audiencia inicial el día 30 de agosto del cursante la apoderada judicial de la actora se permitió ratificarse en los argumentos presentados en la demanda y de manera muy puntual solicitarle que para la decisión que se va a tomar en esta instancia se tenga en cuenta el ultimo precedente del honorable Consejo de Estado en la sala de lo

¹ Archivo [15audienciainicial..pdf](#)

contencioso administrativo sección segunda subsección A en sentencia emitida dentro del proceso radicado 2012-212-02 con radicado interno 4470 del 2021 esto es del día 19 de enero del 2023 magistrado ponente William Hernández Gómez medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el cual determinó que o sostuvo la siguiente tesis: el planteamiento jurídico que se trato en esa sentencia, fue el siguiente: ¿Le asiste derecho a los docentes oficiales a reclamar el pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, por la consignación tardía de las cesantías anualizadas?

Para determinar la siguiente tesis: “en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación”.

De conformidad con esas consideraciones, es claro que el alcance de las previsiones contenidas en el artículo 99 ley 50 de 1991 amparan el auxilio de cesantías a que tienen derecho los servidores públicos bajo los preceptos de la ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, de modo que frente a la demora en la consignación de dicha prestación resulta precedente el pago de una sanción correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, de tal suerte que, el 15 de febrero de la siguiente anualidad, no se verifica el deposito del monto correspondiente, en el fondo de cesantías al que el empleado se encuentre afiliado, el mismo podrá requerir el reconocimiento y el pago de la sanción contemplada en el artículo 99 ley 50 de 1990 antes citada.

En este orden de ideas, su señoría le solicito de la manera más respetuosa tener en cuenta el precedente para la decisión que se va a tomar, o sino argumentar porque se estaría apartando del mismo.

4.2. Parte demandada

4.2.1 Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

A su vez el apoderado de la Nación-Fomag se permitió presentar sus alegatos de conclusión de la siguiente forma, indicándose en primera medida que no le asiste derecho a la parte demandante para que se le reconozca el pago de esta sanción por mora con cargo a la ley 50 de 1990 como se ha reiterado en todos los despachos judiciales del país, los docentes están amparados por un régimen especial consagrado en la ley 91 de 1989 y mal haría en reconocerle este derecho, que no le aplica claramente a los docentes que se encuentran afiliados al magisterio.

Si bien es cierto que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional se han pronunciado en algunos casos, respecto a este tema, la sentencia base con la que están realizando la solicitud de reconocimiento y pago es una sentencia de tutela que se profirió en un proceso donde el docente no se encontraba afiliado al FOMAG, por esto el Consejo de Estado le dio aplicación a la ley 50 de 1990, por la omisión que tuvo la secretaría de afiliar al docente al fondo, mas no a los docentes que tenían cesantías anualizadas, pues mal haría reconocerle o tratar de reconocer dos leyes diferentes para un mismo asunto y aquí se pretende se liquiden las cesantías según lo consagrado en la ley 1071 del año 2006 y adicional que se paguen las cesantías y se reconozca sanción respecto de la ley 50 de

1990, cosas aparte y totalmente diferente trasgrediendo así el principio de inescindibilidad de la norma consagrado en la carta constitucional

Adicionalmente me permito manifestar doctor que, en lo que tiene que ver con la cesantía o con los intereses a la cesantía, la corte Constitucional en sentencia C-98 del año 2006 se pronuncio respecto a la liquidación de los intereses a las cesantías de los docentes, manifestando que, no se deben liquidar con o según lo preceptuado en la ley 50 de 1990, porque va a ser más desfavorable, entonces estaríamos evidenciando una cosa juzgada constitucional con respecto a los intereses a las cesantías o a la liquidación de los intereses a las cesantías que, ya la Corte constitucional se pronunció respecto al tema.

Por estos argumentos doctor, solicitó que no se condene a la entidad que representa, en caso de que la sentencia sea favorable que no se condene en costas a la entidad oficial.

4.2.2 Departamento del Tolima

A su turno el apoderado expresó que teniendo en cuenta las peticiones de la demanda solicitó que las mismas sean negadas en lo que respecta al ente territorial Departamento del Tolima toda vez que no se ha vulnerado ningún derecho a la demandante, ya que los actos administrativos que suscribe el Departamento del Tolima como ente territorial a través de la secretaria de educación y cultura no los hace en nombre del Departamento del Tolima, sino en nombre del ministerio de educación nacional-fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, teniendo en cuenta las facultades que le han sido conferidas con el artículo 3 decreto 2831 del 2005.

Esto es, a través de la delegación que se hace por parte del órgano central al ente territorial por tal razón no es el departamento del Tolima la entidad llamada a responder por alguna sanción derivada de la mora que pueda llegar a presentar o que eventualmente se declare probada en el asunto.

Así las cosas, solicitó al despacho de manera comedida se denieguen las pretensiones de la demanda y se desvincule al Departamento del Tolima

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5.1. Tesis de las partes

5.1.1 Parte accionante

Que el magistrado William Hernández Gómez planteo en la sentencia si a los docentes les asiste el derecho a reclamar la sanción moratoria contenida en la ley 50 de 1990 para determinar la tesis que acorde al principio de favorabilidad es viable aplicar a los docentes las disposiciones sobre cesantías contenidas en la ley 50 de 1990.

De conformidad con esas consideraciones, es claro que el alcance de las previsiones contenidas en el artículo 99 ley 50 de 1990 amparan el auxilio de cesantías a que tienen derecho los servidores públicos bajo los preceptos de la ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, de modo que frente a la demora en la consignación de dicha prestación resulta precedente el pago de una sanción correspondiente a un día de salario por cada día de retardo y solicito tener en cuenta el precedente para la decisión que se va a tomar, o sino argumentar porque se estaría apartando del mismo.

5.1.2 Parte accionada.

5.1.2.1 Fomag.

Deben negarse las pretensiones, porque no le asiste derecho a la parte demandante para que se le reconozca el pago de esta sanción por mora con cargo a la ley 50 de 1990 como

se ha reiterado en todos los despachos judiciales del país, los docentes están amparados por un régimen especial consagrado en la ley 91 de 1989.

Señala que la sentencia base con la que están realizando la solicitud de reconocimiento y pago es una sentencia de tutela que se profirió en un proceso donde el docente no se encontraba afiliado al FOMAG, por esto el Consejo de Estado le dio aplicación a la ley 50 de 1990, por la omisión que tuvo la secretaría de afiliar al docente al fondo, mas no a los docentes que tenían cesantías anualizadas, pues mal haría reconocerle o tratar de reconocer dos leyes diferentes para un mismo asunto y aquí se pretende se liquiden las cesantías según lo consagrado en la ley 1071 del año 2006 y adicional que se paguen las cesantías y se reconozca sanción respecto de la ley 50 de 1990, cosas aparte y totalmente diferente trasgrediendo así el principio de inescindibilidad de la norma consagrado en la carta constitucional

5.1.2.2 Departamento del Tolima

Las pretensiones de la demanda sean negadas en lo que respecta al ente territorial Departamento del Tolima toda vez que no se ha vulnerado ningún derecho a la demandante, ya que los actos administrativos que suscribe el Departamento del Tolima como ente territorial a través de la secretaria de educación y cultura no los hace en nombre del Departamento del Tolima, sino en nombre del ministerio de educación nacional-fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, teniendo en cuenta las facultades que le han sido conferidas con el artículo 3 decreto 2831 del 2005, por lo tanto, se denieguen las pretensiones de la demanda y se desvincule al Departamento del Tolima.

6. Problema Jurídico

Procede el despacho a determinar si: **Primero** ¿El demandante en su calidad de docente afiliado al Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías del año 2020, conforme a lo establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990? y **Segundo** ¿Si el demandante en su calidad de docente afiliado al Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, tiene derecho a que las entidades demandadas le reconozcan y paguen la indemnización por el pago tardío de los intereses de las cesantías establecidos en la Ley 52 de 1975?

6.1 Tesis del despacho

Este despacho negará las pretensiones de la demanda habida cuenta que los docentes de instituciones oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, gozan de una normatividad especial aplicable solamente a ellos, contenida en la ley 91 de 1989, la cual no es compatible con el régimen general para los trabajadores afiliados a los fondos privados de cesantías, incluida la sanción moratoria constituida en la ley 50 de 1990, la cual solo es aplicable en los eventos en que la entidad territorial omita su afiliación al FOMAG.

Respecto de la indemnización por el pago tardío de los intereses de las cesantías, no se reconocerá teniendo en cuenta lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia del 24 de enero de 2019² que indicó que no hay lugar al reconocimiento de sanción alguna por los intereses de las cesantías bajo el sistema normativo contemplado en la ley 50 de 1990,

² Sección Segunda, fallo del 24 de enero de 2019, Radicado No. 76001-23-31-000-2009-00867-01, No. Interno:4854-2014, Actor: Álvaro Bonilla Guerrero, Demandado: Municipio de Santiago de Cali – Secretaría de Educación Municipal- Asunto: Cumplimiento de la sentencia de tutela SU098/18 del 17 de octubre de 2018, mediante la cual ordenó proferir nuevo fallo dentro del proceso 4854-2014.

norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes y ante la inexistencia de disposición que lo establezca.

7. Hechos probados jurídicamente relevantes

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que el docente señor Mario Johel Pineda Cotes solicitó al Departamento del Tolima-Secretaría de Educación y Cultura y al FOMAG, i) Reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías anualizadas, ii) La indemnización, por el pago tardío de los intereses a las cesantías.	Documental: copia solicitud del 10 de agosto del 2021 (Folios 5 al 10 del archivo 05Pruebas.pdf E. D.)
2. el FOMAG no accedió a la solicitud puesto que la sanción mora establecida en la ley 50 de 1990 no es aplicable al personal docente en razón a que no cumple con el requisito de estar afiliado a un fondo privado de cesantías	Documental: Copia respuesta ((Folios 11 al 16 archivo 05Pruebas.pdf E.D)
4. la apoderada del señor Pineda Cotes solicitó a la Secretaría de Educación y al Fomag indicar la fecha exacta en que fueron consignadas las cesantías al FOMAG por parte de esa entidad territorial	Documental: copia de derecho de petición de fecha 10 de agosto del 2021 (Folio 17 al 20 archivo 05Pruebas.pdf E. D.)
5. El Fomag recibe la totalidad de los recursos para el pago de las cesantías y de los intereses a las cesantías, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobados en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, mediante la elaboración del Programa Anual Mensualizado de Caja y dado el marco jurídico especial aplicable al Fondo, la entidad territorial no es quién gira los recursos para el pago de las cesantías de cada docente.	Documental: copia respuesta del Fomag de fecha 6 de agosto del 2021 (Folios 26 al 29 archivo 05Pruebas.pdf E. D.)
El docente accionante se encuentra afiliado al FOMAG desde el año 2002	Documental: copia certificado extracto de intereses a cesantías (Folios 24 y 25 archivo 05Pruebas.pdf E. D.)
Los intereses a la cesantía vigencia 2020 le fueron cancelados al accionante el 27 de marzo del 2021	Documental: copia certificado extracto de intereses a cesantías (Folios 24 y 25 archivo 05Pruebas.pdf E. D.)

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a determinar si en el caso sub judice la accionante tiene derecho a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la ley 50 de 1990.

8. Marco legal y jurisprudencial

8.1 De la jurisprudencia frente a la sanción moratoria a favor de los docentes conforme la ley 50 de 1990

La Corte Constitucional en sentencia C-355 de 2008 precisó que el respeto por el precedente jurisprudencial ya sea vertical u horizontal el cual busca dar una mayor cohesión al sistema jurídico con el fin de obtener de esta forma el principio de igualdad entre los ciudadanos, brindando con ello seguridad jurídica.

Por su parte, se reconoce que la sumisión a la jurisprudencia vertical no es absoluta y pueden existir en los que resulta legítimo apartarse, para lo cual se exige una carga argumentativa suficiente que explique las razones de la separación, conforme lo esboza en la Sentencia C-839 de 2001

la Corte Constitucional indica las pautas que deben seguirse para apartarse de una sentencia de una alta corporación judicial, en la sentencia T-446 de 2013³

- Hacer referencia al precedente del cual se aparta.
- Resumir su esencia y razón de ser.
- Manifestar que se aparta en forma voluntaria, incluyendo las razones que sirven de sustento a su decisión.

En esta misma sentencia se expuso que las razones para separarse pueden consistir en:

- La sentencia anterior no se aplica al caso concreto, porque existen elementos nuevos que hacen necesaria la distinción;
- El juez superior no valoró, en su momento, elementos normativos relevantes que alteren la admisibilidad del precedente para el nuevo caso.
- Desarrollos dogmáticos posteriores justifiquen una posición distinta.
- La Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hayan pronunciado de manera contraria a la interpretación del superior o;
- Sobrevengan cambios normativos que hagan incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico.

En la sentencia C-621 de 2015,⁴ la Corte reconoció que pueden existir eventos en los cuales el precedente fijado por una sentencia de una alta corporación no tenga aplicación al caso. Puntualmente señala que esas razones pueden ser: “(i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial.”

Ahora bien, la jurisprudencia ha señalado en forma tajante las diferencias existentes entre los fondos administradores de cesantías de origen privado con el fondo de prestaciones sociales del magisterio de origen público, enumerando las características y los objetos atribuibles a cada uno.

En virtud de lo anterior la sentencia SU 098 del 17 de octubre de 2018, cuya aplicación solicita la parte actora, la Corte Constitucional hizo efectivo el principio de favorabilidad a un docente, cuyos supuestos fácticos corresponden a un docente que **no se encontraba afiliado** al FOMAG, situación sustancialmente diferente a la planteada en este caso, motivo por el cual se acogerán los argumentos contenidos en la sentencia SU-573 de 2019⁵, en la que se explica que una de las situaciones en las cuales no aplica la sentencia SU-098 del 17 de octubre de 2018, es que el docente se encuentre afiliado al FOMAG, así:

«Ahora bien, durante el trámite de la acción de tutela, los accionantes allegaron ante el juez de primera instancia la Sentencia SU-098 de 2018⁶, por medio de la cual la Corte Constitucional resolvió sobre el “pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en la fecha indicada en la ley, así como de los intereses y los rendimientos financieros que se causaron con dicho retardo”⁷.

A pesar de no haber sido parte del debate procesal en sede de tutela, esta sentencia tampoco constituye un precedente aplicable al asunto sub examine respecto del cual se pueda evidenciar prima facie una amenaza de vulneración a los derechos fundamentales de los tutelantes, por cuanto: (i) la decisión es posterior a las providencias judiciales cuestionadas en sede de tutela y, (ii) no obstante la Corte se pronunció sobre la

³ Sobre el particular también pueden consultarse las sentencias T-934 de 2009, T-437 de 2015 y T-446 de 2013

⁴ Declaró exequible el artículo 7 del Código General del Proceso en el siguiente aparte: “Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.”

⁵ SU-573 de 2019 Corte Constitucional.

⁶ Fls. 82-113, Cdno. 1 del expediente T-7.457.373, fls. 83-114, Cdno. 1 del expediente T-7.457.923 y fls. 77-108, Cdno. 1 del expediente T-7.466.562.

⁷ Sentencia SU-098 de 2018.

sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías prevista por la Ley 50 de 1990, artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000, la ausencia de identidad fáctica también “impide aplicar el precedente al caso concreto”⁸, como pasa a explicarse.

Criterios	Sentencia SU-098 de 2018	Caso sub examine
Vinculación	Docente en provisionalidad.	Docentes inscritos en el escalafón docente de carrera con nombramiento en propiedad.
Vigencia del vínculo laboral	El vínculo del docente terminó, dado que se acogió a lo dispuesto en el Decreto 1278 de 2002. Por tal razón, la Secretaría de Educación de este municipio expidió la Resolución N° 4143.3.21.5447 del 22 de octubre de 2007, por la cual reconoció el pago de las prestaciones sociales definitivas e informó que el pago se realizaría en el respectivo Fondo de Cesantías.	Actualmente, los docentes se encuentran vinculados con el Departamento del Atlántico y su vínculo laboral se ha mantenido vigente sin solución de continuidad ⁹ .
Afiliación al FOMAG	El docente nunca fue afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) ni a otro fondo, por un error interno.	Los docentes sí fueron afiliados al FOMAG.
Reclamación efectiva de pago de las cesantías	Una vez culminó su relación laboral con el Municipio de Santiago de Cali, al docente le reconocieron el pago de las prestaciones sociales, entre estas, las cesantías.	Los docentes no reclamaron el pago efectivo de las cesantías de los años 2001, 2002 y 2003. No obstante, sí solicitaron el pago de la sanción moratoria por no consignación de las cesantías por dicho periodo.
Tipo de sanción moratoria reclamada	El docente solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, los intereses a las cesantías ni los rendimientos.	Los docentes solicitaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías.

69.-Finalmente, es preciso agregar que la Corte Constitucional expidió la Sentencia SU-332 de 2019, en relación con el régimen prestacional de los docentes oficiales. En dicha sentencia señaló que “los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías”, prevista por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006. Con todo, esta decisión no tiene efectos vinculantes frente al asunto decidido en esta oportunidad, por cuanto: (i) esta providencia de unificación es posterior a las decisiones judiciales cuestionadas por los accionantes y (ii) no existe identidad fáctica ni jurídica con el asunto sub iudice, toda vez que los accionantes reclaman el pago de la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías, prevista por la Ley 50 de 1990.”

Así las cosas, en la sentencia SU-573 de 2019 la Corte replantea el criterio de la SU-098 de 2018 y refiere que la ausencia de identidad fáctica también impide aplicar el precedente al caso concreto.

De igual manera, en el presente proceso la parte demandante trae a colación una serie de pronunciamientos del Consejo de Estado relacionados con la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Sin embargo, de su estudio, advierte el juzgado que ninguno de los referidos guarda identidad fáctica con el presente proceso, ya que en ellos lo que originó la aplicación de dicha normativa fue la omisión de las entidades territoriales en la afiliación de los docentes al FOMAG, algunos de ellos además se trataban de docentes provisionales o con vinculación precaria y que no hacían parte de la carrera docente, o que incluso ya habían culminado su vinculación laboral.

⁸ Sentencia SU-354 de 2017.
⁹ Fls. 63, 64, 67 y 71 del Cdno. Principal.

En primer lugar, hace referencia en la demanda a la sentencia de unificación de 6 de agosto de 2020, Radicado: 08001-23-33-000-2013-00666-01, No. Interno: 0833-2016, en el cual, el Consejo de Estado conoció un caso de consignación tardía de cesantías de un empleado territorial afiliado a un fondo privado de pensiones, en dicha sentencia se aclaró la sentencia de unificación CE-SUJ004 de 25 agosto de 2016 en relación con la forma de contabilizar el término de prescripción para reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías anualizadas. Esta decisión no es aplicable al presente asunto ya que no versa siquiera sobre el régimen especial de cesantías docentes, por lo que no tiene carácter vinculante alguno.

Así mismo, se refieren las decisiones del Consejo de Estado de 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.

Con relación a la primera decisión, este Juzgado destaca que, si bien es cierto, es la sentencia que se dicta en cumplimiento de la orden de tutela impartida en la sentencia SU-098 de 2018, el Consejo de Estado pone de presente argumentos serios y razonados sobre la improcedencia de aplicar la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y destaca que en realidad la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido pacífica en sostener que “(...) 67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado¹⁰ en sostener que «a los educadores del sector público no les son aplicables los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, que contemplaron el plazo para la liquidación del valor liquidado anualmente con anterioridad al 15 de febrero y la sanción moratoria para el empleador que incumpla esta obligación, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, únicamente a **«los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías»**, que como se expuso, no se equiparan a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1990, pues su nombramiento efectuado por el representante de la entidad territorial no le otorga la calidad de ser un maestro de dicho nivel, y sus prestaciones sociales como las cesantías, son administradas por el FOMAG, cuya naturaleza jurídica es diferente a la de aquellos fondos privados creados por la Ley 50 de 1990», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico. (...)”.

Respecto de otras decisiones judiciales que relaciona la parte actora con el presente asunto cabe observar que:

-La sentencia de 21 de febrero de 2019, de la Subsección B de la Sección Segunda, CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado: 54001-23-33-000-2016- 00236-01, No. Interno: 2934-2017, versa sobre un asunto de un docente que solicitó cesantías retroactivas, lo cual no guarda identidad fáctica con este caso.

¹⁰ Este criterio fue expuesto en los fallos de 21 de mayo de 2009, expediente 23001-23-31-000-2004-00069-02. (0859-08). C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez; de 21 de octubre de 2011, expediente 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09). C.P.: Gustavo Gómez Aranguren; del 14 de diciembre de 2015, expediente 66001-23-33-000-2013-00189-01 (1498-14). C.P.: Gerardo Arenas Monsalve; del 17 de noviembre de 2016, expediente 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014). CP: William Hernández Gómez. En igual sentido: Del 22 de enero de 2015, expediente 73001-23-31-000-2013-00192-01. (0271-14); del 25 de mayo de 2017, expediente 18001233300020120004701 (0645-2014). Actora: María Nubia Yustes Hoyos. Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG; del 8 de junio de 2017. Rad. 73001233300020140019901 (0863-2015). Actora: Nubia Perdomo de Ramírez. Demandado: Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Departamento del Tolima; del 8 de junio de 2017. Rad. 17001233300020130062402 (3931-2014). Actor: Daniel Osias Chica Vanegas. Demandado: Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG; del 13 de julio de 2017. Rad. 73001233300020130025601 (0678-2014). Actora: Janneth Rodríguez Vera. Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG; y del 19 de julio de 2017. Rad. 17001233300020130061501 (4465-2014). Actor: José Orlando Ospina Arias. Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

- Por su parte las sentencias de 10 de julio de 2020, de la Subsección B de la Sección Segunda, CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado: 08001-23-33-000-2014-00208-01, No. Interno: 0324-2016, de la Subsección A de la Sección Segunda, CP. William Hernández Gómez, Radicado: 08001-23-33-000-2014-00132-01 No. Interno: 1689-2018 del 12 de noviembre de 2020, de la Subsección A de la Sección Segunda, CP. William Hernández Gómez, Radicado: 08001 23 31 000 2014 00815 01, No. Interno: 4979–2017, del 17 de junio de 2021, de la Subsección B de la Sección Segunda, Consejero Ponente: César Palomino Cortés, Radicado: 08001-23-33-000-2015- 00331-01, No. interno: 5865-2019 del 17 de junio de 2021, se refieren a docentes **que no fueron afiliados al FOMAG**, que no guardan identidad fáctica con el presente proceso.

- Tampoco guardan identidad fáctica recientes casos decididos por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández, de 20 de enero de 2022, Radicado: 08001-2333-000-2017-00931- 01 No. Interno: 1001-2021, y Subsección B, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, de 03 de marzo de 2022, Radicado: 08001-23-33-000-2015- 00075-01 (2660-2020), igualmente referidos a docentes cuyos municipios **omitieron su afiliación inicial al FOMAG**, y que fueron negados por prescripción.

Se hace necesario traer a colación que el Consejo de Estado en sede de tutela en providencias de la Sección Quinta, CP. Luís Alberto Álvarez Parra, de 9 de julio de 2020, radicado: 11001-03-15-000-2019-05205-01 y CP. Rocío Araujo Oñate, de 28 de mayo de 2020, radicado: 11001-03-15-000-2020-01384-00, aplicó la SU-573 de 2019 que recogió la SU-098 de 2018 como quedó expuesto en el acápite anterior.

-Con referencia a decisión más reciente del Consejo de Estado, (sentencia del 19 de enero de 2023 de la Subsección A de la Sección Segunda, CP. William Hernández Gómez, Radicado: 76001-23-31-000-2012-00212-02. No. Interno: 4470-2021), considera el Despacho, que si bien existe similitud fáctica con el caso de la parte demandante en cuanto trata de una docente afiliada al FOMAG que reclama la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías anualizadas prevista en la ley 50 de 1990, dicha providencia sustenta la decisión de acceder a las pretensiones en aplicación del principio de favorabilidad desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-098 de 2018, la cual no es acogida por este despacho por la ausencia de identidad fáctica, pues, como bien lo explicó, la misma Corte en la sentencia SU-573/19 – ya citada -, el reconocimiento de sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías prevista por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 le es aplicable por favorabilidad a los docentes oficiales que, por error interno, **no fueron afiliados** al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), ni a otro fondo, asunto que no se asimila al debatido en la sentencia del Consejo de Estado, ni al debatido en el proceso.

Con referencia a lo anterior, el Consejo de Estado, (sentencia de tutela de 31 de marzo de 2023) de la Sección Tercera, subsección A, CP. JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, radicado 11001-03-15-000-2023-00518-00, la corporación reiteró que existe una diferencia en el manejo de los recursos de los fondos privados respecto del funcionamiento del FOMAG, para reiterar que reconocer que a los docentes si se les aplica la ley 50 de 1990 implicaría cambiar la regulación sobre el funcionamiento interno del FOMAG.

Resulta importante resaltar, que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de

Estado, en reciente pronunciamiento¹¹ en una acción de tutela interpuesta contra providencia judicial, en la que se negaron las súplicas de la demanda en un asunto de similares características fácticas y jurídicas, precisó:

«F. La providencia objeto de reproche no incurrió en los defectos alegados porque acogió una postura fundamentada respecto de la sanción moratoria por falta de pago de las cesantías para los docentes afiliados al FOMAG

10.- En primera medida, se advierte que los defectos invocados se analizarán en conjunto, pues tanto el defecto sustantivo como la violación directa de la Constitución se resuelven al estudiar las reglas jurisprudenciales aplicables al caso.

10.1.- La Corte Constitucional ha establecido que las reglas del precedente no son absolutas y que las autoridades judiciales pueden apartarse de ellas, siempre que (i) identifiquen el precedente del cual se apartan (carga de transparencia) y (ii) sustenten suficientemente las razones para ello (carga de argumentación). Además, también ha señalado que el precedente es vinculante siempre que sea uniforme y pacífico, pues de lo contrario los jueces pueden adoptar una postura u otra, según las exigencias y particularidades del caso.

10.2.- La Sala considera que, en el caso en concreto, el tribunal accionado cumplió con las dos cargas señaladas para apartarse del precedente; adicionalmente, **no es cierto que exista una postura unificada respecto de la sanción moratoria por falta de pago de las cesantías para los docentes afiliados al FOMAG, tal como lo sostuvo la parte actora.** Frente al primer presupuesto, se advierte que en la providencia objeto de reproche se identificó la sentencia SU-098 de 2018 (que fundamenta las otras sentencias invocadas por la parte actora, tanto de la Corte Constitucional, como del Consejo de Estado) y se citaron en extenso sus consideraciones. De igual manera se citaron varias sentencias de esta Corporación que han adoptado la postura señalada en esa sentencia de la Corte Constitucional, por lo que el tribunal accionado referenció expresamente las reglas jurisprudenciales de las cuales se apartó.

(...)

10.4.- Adicionalmente, el tribunal identificó otras sentencias, tanto de la Corte Constitucional como de esta Corporación, que sustentan la posición adoptada. Entre ellas se destaca la sentencia SU-573 de 2019, en la que se conocieron varias acciones de tutela contra providencias fundadas en los mismos supuestos que originaron este caso y en la que se concluyó que la sentencia SU-098 de 2018 no era un precedente aplicable porque partió de un supuesto distinto, en el que los docentes ni siquiera estaban vinculados al FOMAG.

10.5.- Así las cosas, el tribunal accionado concluyó que no existe una postura jurisprudencial unificada frente a esa materia y, en todo caso, existen motivos para apartarse del precedente invocado por la parte actora. En ese sentido, esta Sala ya ha reconocido en otras ocasiones la posibilidad de apartarse del precedente, siempre que se identifiquen las sentencias y reglas que se dejarán de aplicar, y se expongan los motivos para ello.

10.6.- Por lo anterior, se colige que la sentencia acusada se encuentra fundada en un marco normativo y jurisprudencial, de modo que la posición acogida no resulta irrazonable ni arbitraria, razón por la cual no se advierte que se le hayan vulnerado los derechos fundamentales a la actora». (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En pronunciamiento más reciente el Consejo de Estado, (sentencia de tutela de 30 de junio de 2023) de la Subsección C de la Sección Tercera, CP. NICOLÁS YEPES CORRALES, Radicado 11001-03-15-000-2023-00518-01, reiteró los argumentos expuestos en donde se concluye que a los docentes no les resulta aplicable la ley 50 de 1990 por cuanto los docentes se encuentran amparados en un régimen especial establecido en la ley 91 de 1989 que establece la forma como se deben consignar las cesantías de los docentes.

Posición adoptada por el Tribunal Administrativo de Antioquia - sala cuarta de oralidad, en la sentencia No 199 del 28 de septiembre del 2022¹², que ha sido reiterada por el mismo

¹¹ Sentencia del 17 de mayo de 2023. Acción de Tutela. Radicado: 11001-03-15-000-2023-01687-00. M.P. Martín Bermúdez Muñoz. Accionante: Betty Marcela Rubio. Accionado: Tribunal Administrativo de Sucre.

¹² Tribunal Administrativo De Antioquia- Sala Cuarta De Oralidad. M. P. Liliana P. Navarro Giraldo. Sentencia No 199 del 28 de septiembre del 2022. Radicado 05001 23 33 000 2022 00142 00

Tribunal, en las salas sexta¹³ y tercera de Oralidad¹⁴, en las que se concluyó que a los docentes no les resulta aplicable el artículo 99 de la ley 50 de 1990, debido a la naturaleza y finalidad del FOMAG, los recursos de los docentes se manejan bajo el principio de unidad de caja, además, la situación fáctica establecida en la sentencia SU-098 de 2018 difiere del asunto bajo estudio.

Según lo expuesto en las sentencias antes citadas, no existe una postura unificada respecto de la sanción moratoria por falta de pago de las cesantías para los docentes afiliados al FOMAG y, por ende, este despacho asume el criterio según el cual a los educadores del sector público no les son aplicables los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, que contemplaron el plazo para la liquidación del valor liquidado anualmente con anterioridad al 15 de febrero y la sanción moratoria para el empleador que incumpla esta obligación, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 del Decreto 1582 de 1998 solo 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», conforme la normatividad pertinente, o que en su defecto la entidad nominadora no la había afiliada al FOMAG en contravía de lo dispuesto en el artículo 1 del decreto 3752 de 2003 que señala: “si un docente del sector público educativo no es afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la entidad territorial nominadora asume la responsabilidad por el pago de la totalidad de las prestaciones que correspondan al docente”. (Subrayas fuera de texto)

Se encuentra entonces que los pronunciamientos del Consejo de Estado relacionados con la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, citados por la parte actora, no guardan identidad fáctica con el asunto que ahora se estudia, ya que en ellos lo que originó la aplicación de dicha normativa fue **la omisión de las entidades territoriales a la afiliación de los docentes al Fondo**, incluso en algunos de ellos además trataban de docentes provisionales incluso otra ya habían culminado su vinculación laboral.

Es decir, si la entidad territorial a la que se encuentra vinculado el docente, no lo afilia al FOMAG, se hace absolutamente responsable como empleador incumplido del pago de la totalidad de las prestaciones sociales del docente y también del pago de las sanciones que le sean impuestas, incluida la sanción moratoria constituida en la ley 50 de 1990, por el incumplimiento de los plazos determinados para el trámite de las mismas, contrario sensu, a las entidades del Estado que tengan docentes vinculados a sus plantas de personal y los hayan afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no se les aplica la mencionada sanción moratoria, teniendo en cuenta el régimen especial al que pertenecen.

Como puede colegirse, no existe un criterio unificado aplicable al caso concreto, pues las decisiones traídas a colación por la parte demandante no guardan identidad fáctica con el presente caso, en el cual no ha existido incumplimiento al deber de afiliación al FOMAG.

8.2. Del Régimen de cesantías de la Ley 50 de 1990

La Ley 50 de 1990 consagró un nuevo régimen de auxilio de cesantía, según el cual:

“**ARTICULO 99.** El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1a. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

¹³ Tribunal Administrativo de Antioquia –Sala Sexta de oralidad- M.P. Martha Nury Velásquez Bedoya, sentencia del 24 de mayo de 2023, radicado 05001 33 33 036 2022 00179 01.

¹⁴ Tribunal Administrativo de Antioquia –Sala Tercera de oralidad- M.P. Gloria María Gómez Montoya, sentencia de 5 julio de 2023, radicado 05001 33 33 034 2022 00223 02

2a. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

4a. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

5a. Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto.

6a. Los Fondos de Cesantía serán administrados por las sociedades cuya creación se autoriza, y cuyas características serán precisadas en los decretos que dicte 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 pueda orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.

7a. Todos los aspectos que no se modifiquen específicamente por esta ley, continuarán regulados por las normas vigentes del régimen tradicional relativas al auxilio de cesantía.

Parágrafo. En el evento que los empleadores deban efectuar la liquidación y consignación de la cesantía a que se refiere este artículo y no existan suficientes Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía autorizadas para funcionar, el Gobierno Nacional podrá transitoriamente autorizar a otras entidades u ordenar a las instituciones financieras con participación estatal mayoritaria para que cumplan las funciones de Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía.”

El artículo 1 del decreto 1063 de 1991 señala que los Fondos de Cesantía tienen por objeto exclusivo la administración y manejo de los Fondos de Cesantía.

Por su parte, el artículo 8 del mismo decreto determinó las obligaciones de los fondos de cesantías y en el literal f) previó que estos deben abonar trimestralmente a cada trabajador afiliado y a prorrata de sus aportes individuales la parte que le corresponda en los rendimientos obtenidos por el Fondo durante el respectivo período.

El artículo 12 del mismo decreto contempla los recursos de los cuales se financia el fondo así: “a) Las sumas que por concepto de auxilio de cesantía sean aportadas de conformidad con lo previsto en la legislación laboral.

- b) Las sumas entregadas como aportes voluntarios por los afiliados independientes.
- c) Los intereses, dividendos o cualquier otro ingreso generado por los activos que integran el Fondo.
- d) El producto de las operaciones de venta de activos, así como los créditos que puedan obtenerse.
- e) Cualquier otro ingreso que resulte a favor del Fondo.”

Y en el artículo 17 del citado decreto 1063 de 1991 confiere a los fondos de cesantías la posibilidad de tener derecho a una comisión de manejo, de acuerdo con lo que sobre el particular señale la Superintendencia Bancaria.

Este régimen de cesantías tiene prevista una reglamentación especial en cuanto su sistema de financiamiento, el cual se encuentra señalado por la ley 1328 de 2009. En efecto, el artículo 58 modificó el artículo 31 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y por consiguiente, las sociedades administradoras de fondos de cesantías tienen la obligación de invertir los recursos de los fondos en valores de adecuada rentabilidad, seguridad y liquidez, para lo cual pueden establecer 2 tipos de portafolios de inversión, uno de corto y otro de largo plazo, portafolios que deben ser ofrecidos a los afiliados¹⁵.

¹⁵ Artículo 2.6.7.1.1 del Decreto 2555 de 2010

Para tal fin, se indica que cada cuenta individual de cada uno de los afiliados al fondo de cesantía debe tener 2 subcuentas: una para el corto plazo y otra para el largo plazo.¹⁶

En el decreto se consagran los derechos de los afiliados, encontrando que a estos corresponde ser informados adecuadamente de las condiciones del nuevo sistema de administración de cesantías, seleccionar el perfil de administración de sus subcuentas, modificar su perfil de administración previo aviso a la Administradora.¹⁷

También estipula que a partir del 1 de julio de 2010 los afiliados a los Fondos de Cesantía pueden definir, su perfil de administración, es decir, la forma como se deben distribuir sus recursos entre las subcuentas de Corto Plazo y Largo Plazo, o en una sola de ellas, en la Administradora a la que se encuentren vinculados.¹⁸

Es necesario precisar que el citado artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es una norma propia del régimen laboral privado, por lo que tuvo inicialmente como únicos destinatarios a los trabajadores particulares; sin embargo, esa disposición se hizo extensiva a los servidores públicos, con algunas excepciones.

En efecto, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 dispuso que, sin perjuicio¹⁹ de los derechos convencionales, **y lo estipulado en la Ley 91 de 1989**, a partir de la publicación de la Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado, exceptuando al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, 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.

Por su parte, los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998²⁰ fue reglamentado por el Decreto 1582 de 1998 en el cual, se dispuso en su artículo 1 que 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.

En ese orden, se puede decir que los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, están cobijados por el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad pero que se hubieran acogido al régimen anualizado, y para efecto de la liquidación y pago de esa prestación se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y normas concordantes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998, si se afilian a fondos privados de cesantías.

8.3. Financiación del sector de la educación

¹⁶ Artículo 2.6.7.1.2 del Decreto 2555 de 2010.

¹⁷ Artículo 2.6.7.1.3 del Decreto 2555 de 2010.

¹⁸ Artículo 2.6.7.1.5 del Decreto 2555 de 2010.

¹⁹ <https://dle.rae.es/perjuicio#31keUjC> 1. loc. adv. Dejando a salvo.

²⁰ Por medio de la cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones.

Con el artículo 356 de la Constitución Política se crea el sistema general de participaciones cuyo propósito es atender los servicios a cargo de la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios proveyendo los recursos para financiar adecuadamente su prestación. La norma puntualmente señala que tales recursos deben ser destinados de manera prioritaria para la financiación del servicio de salud y los servicios de educación, preescolar, primaria, secundaria y media, así como servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico.

Con la Ley 715 de 2001 en su artículo 3 se establece que “el sistema general de participaciones se conformará así:

1. Una participación con destinación específica para el sector educación, que se denominará participación para educación.
2. Una participación con destinación específica para el sector salud, que se denominará participación para salud.
3. Una participación con destinación específica para el sector agua potable y saneamiento básico, que se denominará participación para agua potable y saneamiento básico.
4. Una participación de propósito general.”

En su artículo 15 de la misma de la mencionada ley contempla lo relativo a la distribución de los recursos del sector educativo y concretamente, en el numeral “15.1 Pago del personal docente y administrativo de las instituciones educativas públicas, las contribuciones inherentes a la nómina y sus prestaciones sociales”.

Por su parte el artículo 18 señala

“Artículo 18. Administración de los recursos. Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera

Parágrafo 1º. Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.

Parágrafo 2º. Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.”

De lo anterior, se concluye que la Nación gira a las entidades territoriales certificadas (departamentos, distritos y municipios) los recursos para el pago de los costos de personal, tales como salarios, primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones de los docentes, sin que hagan unidad de caja con las demás rentas de la mencionada entidad. Sin embargo, cuando hace el giro, ya ha descontado lo concerniente a los aportes parafiscales, sistema de seguridad social y prestaciones sociales que corresponden tanto al empleador, esto es, la entidad territorial, como al empleado, esto es, el docente, girándolos directamente al FOMAG.

8.4 Régimen de cesantías del personal docente oficial en Colombia

El Congreso de la república creó la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989 “por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio” corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con relación a sus afiliados garantizar: la prestación de los servicios médico- asistenciales, el pago de las pensiones y el pago de las cesantías.

La Corte Constitucional respecto del carácter especial del régimen de cesantías de los docentes, en Sentencia C-928 de 2006 indicó que los docentes gozan de un régimen prestacional especial, previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley

812 de 2003, en el cual, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene entre sus objetivos efectuar el pago de prestaciones sociales del personal afiliado y que frente a las cesantías el régimen opera así:

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

La Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006, al resolver una demanda de inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, resolvió el cargo por la supuesta vulneración del derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 Superior, en los siguientes términos:

De igual manera, la ley dispone que los fondos de cesantías serán administrados por unas sociedades especializadas, cuya rentabilidad no podrá ser inferior a la tasa promedio de captación de bancos y corporaciones financieras para la expedición de certificados de depósito a término con un plazo de noventa (90) días (DTF), la cual será certificada para cada período por el Banco de la República. En otras palabras, a partir de 1990 se diseñó en Colombia un mecanismo para administrar las cesantías de los trabajadores, como un concepto de administración financiera y no de disponibilidad inmediata de recursos, en el cual se debe promover una racional y amplia distribución de portafolios en papeles e inversiones a largo plazo, en los términos del artículo 101 de la Ley 100 de 1993, es decir, se autorizó la constitución de unos fondos de cesantías, bajo la figura del patrimonio autónomo, a cargo de sociedades especializadas, cuyo fin es asegurar una rentabilidad mínima a sus afiliados, la cual es determinada por el Gobierno Nacional con base en el comportamiento del mercado público de valores, con el propósito de mantener el poder adquisitivo de las mismas.

Por el contrario, el sistema especial de los docentes para la administración y pago de sus cesantías resulta ser completamente distinto. En efecto, como ya se ha explicado, desde 1989 se constituyó el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, entidad encargada de administrar y pagar las cesantías de los docentes.

(.....)

De igual manera, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, 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. **En otras palabras, contrario a lo sostenido por el demandante, el Fondo sí reconoce y paga intereses sobre las cesantías; lo que sucede es que la forma de realizar dicho cálculo y pago no es igual al establecido en la Ley 50 de 1990.**

[...]

En este orden de ideas, el cargo por vulneración del derecho a la igualdad no está llamado a prosperar por la sencilla razón de que, no sólo se trata de un régimen especial, que comprende aspectos prestacionales (cesantías y vacaciones) y de seguridad social (pensiones y salud), basado en sus propias reglas, principios e instituciones, sino que además no existe el alegado impago de los intereses a las cesantías; **lo que sucede es que, simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna.”.** (Se destaca)

Cabe destacar así mismo, que, el hecho de que se trate de un régimen especial excluye la aplicación de regímenes de cesantías aplicables a otros servidores públicos, en particular, los de empleados públicos del nivel nacional y territorial.

Conforme a reglas establecidas por el legislador evidenciamos que, en materia de cesantías para el personal docente, podemos encontrar **docentes con régimen de retroactividad** (docentes nacionalizados que se encontraban vinculados a 31 de diciembre de 1989) y **docentes con régimen de anualidad** (docentes nacionales y los vinculados a partir del 1 de enero de 1990).

Tenemos que la afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con el objeto de atender las prestaciones sociales del personal

docente, fondo cuya afiliación es automática²¹, es decir, sin posibilidad de elección por parte del trabajador, y estableció respecto de las cesantías en el numeral 3 del artículo 15:

“(…) 3º Cesantías. A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1º. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero 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 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.”

Así las cosas, conforme a lo anterior, las cesantías ya no serían pagadas por la entidad territorial que había vinculado al docente, sino por el Fondo de Prestaciones, y conforme el artículo 9 de la Ley 91 de 1989 señaló que las prestaciones que debe pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (entiéndase pensiones, cesantías e intereses a las cesantías), serían reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que sería delegada en las entidades territoriales.

Con la expedición de la Ley 962 de 2005 se atribuyó obligaciones a las secretarías de educación de los entes territoriales certificados, pues el artículo 56²² precisó que las prestaciones sociales eran reconocidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el fondo, el acto administrativo debía ser elaborado por el secretario de educación de la entidad territorial certificada correspondiente y debía llevar la firma de este funcionario. Es decir, tanto las secretarías de educación como la entidad administradora actuaban a nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.²³

La ley 1955 de 2019 en su artículo 57 inciso cuarto, fue clara al indicar que 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, y en consecuencia, prohibió que puedan decretarse indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo, restricción que encuentra respaldo en el artículo 48 de la Constitución Política cuando prohíbe destinar o utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 2.4.4.2.2.1 del Decreto 1075 de 2015²⁴, los aportes que debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descuentan 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. Por su parte, el artículo 2.4.4.2.2.2 del decreto indica que, corresponde a las entidades territoriales que administran plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportar a la sociedad

²¹ Artículo 4 de la Ley 91 de 1989.

²² Derogado expresamente por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019.

²³ Artículo reglamentado por el Decreto 2831 de 2005, el cual en su artículo 3 dispuso que la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se efectuaría a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que hiciera sus veces.

²⁴ Derogó las normas contenidas en el Decreto 3752 de 2003.

fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fiduprevisora S.A.), dentro de los primeros 10 días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De esta manera la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en este caso la Fiduprevisora S.A., con base en la información reportada por las entidades territoriales, debe proyectar para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.²⁵

A su vez, 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 incorpora en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos.²⁶

Es necesario precisar en qué consiste una apropiación con y sin situación de fondos:

“En términos generales una apropiación sin situación de fondos implica que no requiere para su ejecución desembolsos directos por parte de la Dirección del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Esto puede suceder principalmente porque la entidad ejecutora recauda directamente los recursos, o porque para la ejecución de un contrato determinado, resulta preferible que la Tesorería le gire directamente los recursos al proveedor, sin tener que ingresar a la entidad contratante. Por el contrario, las partidas que se apropian con situación de fondos, están sujetas a estos desembolsos directos.”²⁷

Así las cosas, toda vez que la financiación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio depende de los recursos del sistema general de participaciones que son girados por el Ministerio de Hacienda, lo relativo a cesantías **nunca ingresa a las cuentas especiales que tienen las entidades territoriales**, es decir, aquellas indicadas en el artículo 18 de la Ley 715 de 2001. Estos recursos son descontados directamente por el Ministerio de Hacienda, por eso se trata de una incorporación presupuestal sin situación de fondos.

Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales certificadas, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, debe solicitar el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.²⁸

En los meses de marzo, julio y noviembre de una respectiva vigencia fiscal, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debe solicitar el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, con el fin de que a más tardar el en el mes

²⁵ Artículo 2.4.4.2.2.3 del Decreto 1075 de 2015.

²⁶ Artículo 2.4.4.2.2.4 del Decreto 1075 de 2015.

²⁷ [Ministerio de Hacienda consultado en la página web: https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/portal/AtencionPublico/pages_faqpreguntasfrecuentes/faqpgn/faqadminapropiaciones](https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/portal/AtencionPublico/pages_faqpreguntasfrecuentes/faqpgn/faqadminapropiaciones)

²⁸ Artículo 2.4.4.2.2.5 del Decreto 1075 de 2015.

de enero de la siguiente vigencia fiscal estuviera cubierta la totalidad de los aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De lo anterior se deduce en primer lugar que para el mes de enero de cada vigencia, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ya cuenta con los recursos para atender las cesantías causadas a favor de los docentes durante el año inmediatamente anterior, con lo cual no se causa detrimento alguno al trabajador, como si puede ocurrir cuando se tiene una cuenta individual de cesantías, toda vez que podría conllevar la pérdida de rendimientos financieros, circunstancia que no ocurre en el caso de los docentes.

En el caso bajo estudio, lo establecido en la ley 344 de 1996, no le es aplicable para los docentes afiliados al Fomag, puesto que, la misma ley señala: *“Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, significando con ello que, el régimen de cesantías hecho extensivo para las personas que se vincularan a las entidades del Estado a partir de su vigencia, se le liquidaría la cesantía a 31 de diciembre, es una previsión del legislador habida cuenta que, los docentes oficiales contaban con un régimen especial creado por la ley 91 de 1989.

En virtud de lo anterior, podemos enunciar las siguientes diferencias en el régimen de cesantías de la ley 50 de 1990 y el del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que hace imposible jurídicamente, que los docentes afiliados al FOMAG sean beneficiarios de la sanción moratoria establecida en el art. 99 de la ley 50 de 1990 así:

- En el régimen especial docente no existe la obligación de consignar las cesantías por parte del empleador (entidad territorial certificada) ni de la Nación (Ministerio de Educación) a una cuenta individual del trabajador (docente).
- Los fondos privados del régimen de ley 50 de 1990, por mandato legal deben tener cuentas individuales para las cesantías de cada uno de sus afiliados, mientras que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, también por mandato legal, no puede separar sus recursos.
- La financiación de los fondos privados del régimen de ley 50 de 1990 tiene diferencias sustanciales con la forma de financiación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- En los fondos privados del régimen de ley 50 de 1990, los intereses a las cesantías se causan sobre la respectiva anualidad y de ahí en adelante, dependerá de los rendimientos operacionales que las administradoras tengan, mientras que, en el caso del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los intereses a las cesantías se causan sobre el saldo acumulado de cada docente.
- Los afiliados a los fondos privados del régimen de ley 50 de 1990 deben pagar una cuota de administración. En el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes no pagan cuota de administración, pues sus aportes son para la financiación del fondo.
- En los fondos privados del régimen de ley 50 de 1990, se pueden utilizar cuentas de cesantías a corto y largo plazo, posibilidad que no está prevista para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- Existencia de expresa exclusión de aplicación normativa de la Ley 344 de 1996 y consecuentemente de la Ley 50 de 1990 a los docentes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la misma.

Se reitera, el FOMAG posee características particulares en cuanto a su estructuración y financiación que genera diferencias sustanciales respecto a los fondos privados. La

normatividad que regulan la materia establece que dicho Fondo es una cuenta especial a cargo de la Nación, que se rige por un principio de unidad de caja; y no tiene previsto que existan cuentas para cada afiliado, por lo que no es posible jurídica, ni materialmente, realizar una consignación en forma individualizada.

Así también, la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006 ya había dejado establecido el carácter especial de dicho régimen no equiparable al de la Ley 50 de 1990, lo cual no es discriminatorio, sino que, por el contrario, dicho régimen es más favorable para el docente, aunado a que no resultaba plausible realizar comparación entre la forma de liquidación y pago de las cesantías de la Ley 50 de 1990 con las de la Ley 91 de 1989.

Por lo tanto, la sanción e indemnización reclamadas resultan incompatibles en virtud del principio de inescindibilidad normativa ya que en el régimen especial no existe la obligación de consignación anual de cesantías por el empleador (entidades territoriales certificadas) al Fondo, sino un reporte de las mismas y sus intereses en las fechas definidas según la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo 34 de 1998, por lo cual la respuesta al primer problema jurídico planteado, es negativa y se negarán las pretensiones de indemnización moratoria reclamada.

9. Intereses sobre cesantías ¿Si la demandante en su calidad de docente afilada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene derecho a que las entidades demandadas le reconozcan y paguen la indemnización por el pago tardío de los intereses de las cesantías causados durante el año 2020?

9.1. Intereses sobre cesantías previstos en la Ley 50 de 1990 y la Ley 52 de 1975 e indemnización prevista.

El numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 reguló que en este régimen el empleador debe reconocer un interés anual sobre el valor liquidado por concepto de cesantía a favor del trabajador, así:

“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”

La Ley 52 de 1975 regula la indemnización que aquí se reclama por concepto de no pago de intereses, que había establecido por primera vez la obligación de reconocer intereses anuales a las cesantías de los trabajadores para quienes se reguló dicho auxilio, así:

“Artículo primero. A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que el 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.

“2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.”

Esta sanción solo es aplicable al empleador y cubre su omisión de pagar intereses sobre las cesantías que este liquide anualmente. Es de resaltar que dichos intereses no se calculan sobre los saldos totales que tenga acreditados el trabajador en la respectiva

sociedad administradora del fondo de cesantías. Por lo tanto, este derecho y su sanción difieren de la obligación que tienen las administradoras de los fondos de cesantías de garantizar rendimientos mínimos sobre las sumas que administren en las cuentas individuales de sus afiliados.

9.2. Reconocimiento de intereses sobre cesantías Ley 91 de 1989

Acorde a la normatividad aplicable para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio este debe garantizar unos rendimientos sobre los saldos individuales de cesantías. Para el efecto la ley le obliga a reconocer y pagar un interés anual sobre dicho saldo del reporte existente al 31 de diciembre de cada año, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés certificada por la Superintendencia Financiera, frente a lo cual se hace necesario aclarar que en este caso la Ley 91 de 1989 no contempló un término concreto para el pago de dicho interés.

Por su parte, según lo previsto en el Acuerdo 039 de 1998 expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en este sistema se origina un reporte de los periodos laborados por los docentes afiliados, su salario y la liquidación del derecho a la cesantía para que el Fondo (encargado de la administración global de recursos apropiados en este), haga el cálculo de dicho rendimiento y el pago de estos intereses al docente.

En este procedimiento se advierte que:

1. La responsabilidad de reportar oportunamente la información requerida para el pago de intereses a las cesantías es de cada entidad territorial empleadora.
2. El pago de intereses sobre las cesantías lo realiza el FOMAG de acuerdo con regulación interna (la ley no estableció plazo), así:
 - En el mes de marzo, respecto de los docentes cuyo reporte se haya recibido a más tardar el 5 de febrero de cada año.
 - Si la información se recibe entre el 6 de febrero y el 15 de marzo, el pago se realiza en el mes de mayo de cada anualidad.
 - Si la información se reporta en fecha posterior, el Fondo programará pagos posteriores.

De conformidad a lo anterior, se concluye que este interés no es asimilable al regulado por la ley 50, ni al previsto inicialmente por la ley 52 de 1975 teniendo en cuenta que:

- i) La ley no fija un interés sobre el valor de las cesantías liquidadas anualmente por la entidad territorial. Lo anterior, ya que el reporte que entrega el ente territorial al Fondo, surte efectos de consolidación de valores para calcular la garantía de rentabilidad (interés) diseñada en este sistema.
- ii) Ni la entidad territorial, ni el FOMAG tienen obligación legal de pagar intereses sobre el valor anual liquidado, ni se establece una fecha para tal efecto.
- iii) Tampoco se previó una sanción a cargo del empleador (entidad territorial) o del FOMAG por no pago de intereses sobre el valor anual liquidado, ya que no existe esa obligación.
- iv) En lugar de todo lo anterior, la ley previó una garantía de rentabilidad de los saldos reportados a favor de cada docente, y que se calcula en forma anual sobre todo el saldo acumulado a 31 de diciembre en el FOMAG que supera el monto del interés fijado al empleador en el sistema de Ley 50 así como la rentabilidad mínima que deben garantizar las administradoras de fondo privados de cesantías.

En sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019²⁹ indicó que no hay lugar al reconocimiento de sanción alguna por los intereses de las cesantías bajo el sistema normativo contemplado en la ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes. En dicho pronunciamiento el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo dejó en claro que el personal docente afiliado a FOMAG está cubierto bajo un régimen especial en el cual se incluye un sistema único de cesantías e intereses sobre esta prestación.

Finalmente, aunado a los argumentos expuestos en precedencia, cabe señalar que 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.

10. CASO CONCRETO.

Según los hechos referidos, efectivamente la Secretaría de Educación departamental realizó el reporte de cesantías e intereses en el plazo establecido, esto es, antes del 5 de febrero de 2021, incluyendo a la parte accionante **quien se encontraba afiliada**, tal como se desprende de la certificación expedida por el Fomag³⁰ y la Fiduprevisora realizó el pago de los intereses a las cesantías el 27 de marzo de 2021, como se observa con el “*certificado de extracto de intereses a las cesantías*”³¹, lo cual permite concluir que esa prestación fue satisfecha dentro de los tiempos señalados en el artículo 4 del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En el caso particular, en apoyo del citado extracto, además de verificarse lo expuesto, se aprecia por el Juzgado como en efecto, al observar la tercera columna “*cesantías*” y al valorar el saldo que se fija para el año 2020, este es mayor que el monto correspondiente al año 2019, es decir, se evidencia allí que, según ese extracto, se registró un movimiento positivo, el cual representa el monto dispuesto por el FOMAG en favor del docente afiliado y hoy demandante.

Como ha quedado expuesto en la presente providencia, en el régimen especial docente de la Ley 91 de 1989, la Secretaría de Educación no tiene la obligación jurídica de realizar la consignación de las cesantías al FOMAG, y en el caso de la Fiduprevisora como vocera del FOMAG, le corresponde el pago de las cesantías parciales o definitivas que solicite la parte interesada cuando sean exigibles, ya sea por motivos de educación y vivienda o por retiro del servicio.

Por consiguiente, al no existir dentro del régimen especial docente dicha obligación de consignación anual de las cesantías, no tiene derecho al 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, como tampoco al reconocimiento de la indemnización por pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975.

²⁹ Consideraciones 61 a 64, sentencia del 24 de enero de 2019, Radicado No. 76001-23-31-000-2009-00867-01, No. Interno:4854-2014, Actor: Álvaro Bonilla Guerrero, Demandado: Municipio de Santiago de Cali – Secretaría de Educación Municipal- Asunto: Cumplimiento de la sentencia de tutela SU098/18 del 17 de octubre de 2018, mediante la cual ordenó proferir nuevo fallo dentro del proceso 4854-2014.

³⁰ folios 24 y 25 archivo [05Pruebas.pdf](#) E.D.

³¹ Ibidem

En consecuencia, no es posible extender la sanción moratoria de la ley 50 de 1990, artículo 99, por cuanto **i)** la naturaleza del Fomag, y **ii)** los recursos se manejan bajo el principio de la unidad de caja, ley 1955 de 2019, los cuales son transferidos por el Sistema General de Participaciones, Ley 715 de 2001, por tanto, no está previsto que las cesantías se consignen en cuentas individuales.

De manera que la sanción e indemnización reclamadas resultan incompatibles en virtud del principio de inescindibilidad normativa, toda vez que, en el régimen especial no existe la obligación de consignación anual de cesantías por las entidades territoriales al FOMAG, sino un reporte de las mismas y sus intereses en las fechas definidas anualmente según la Ley 91 de 1989 y específicamente el Acuerdo 34 de 1998, y acorde con la jurisprudencia citada por la parte actora no es aplicable en el caso concreto, por diferir su supuesto fáctico no le es aplicable lo establecido en el artículo 99 ley 50 de 1990 y en ese orden de ideas, se negaran las pretensiones de la demanda.

Se reitera, en el presente caso no es exigible para el Despacho como precedente lo dispuesto en la sentencia de unificación SU-098 de 2018, pues los supuestos fácticos del presente proceso difieren de la mencionada sentencia.

Por lo anterior, a la parte actora no se les aplica las disposiciones que consagran la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías anualizados y de los intereses a las mismas, que están consagradas en los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 1 de la Ley 52 de 1975, ya que el régimen de cesantías docente es especial y en él se determina específicamente como se reconoce, liquida y paga las cesantías y los intereses a las mismas, lo anterior, como se expresó, teniendo unas características propias que hacen que el pago de las sanciones solicitadas sea incompatible, en virtud de lo cual se negaran las pretensiones incoadas.

11. Costas

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C. G. P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

Por su parte, el artículo numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, prevé que: *“solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*.

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 7 de abril de 2016³², que ha sido reiterada por la misma Corporación en recientes providencias³³, respecto de la condena en costas en vigencia de la Ley 1437 de 2011, concluyó, que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo

³² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 7 de abril de 2016. C.P. William Hernández Gómez. Radicado N° 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014).

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencias del 25 de noviembre de 2021, radicado N° 19001-23-33-000-2018-00029-01(1622-20), del 2 de diciembre de 2021, radicado N° 88001-23-33-000-2017-00035-01(6604-19), del 17 de febrero de 2022, radicado N° 17001-23-33-000-2016-00874-01 (4600-19), entre muchas otras.

valorativo. Objetivo, por cuanto se consagra que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, porque se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Además, la Sección Cuarta del Consejo de Estado ha condicionado la condena en costas a que se encuentren probadas en el proceso³⁴. Así las cosas, de conformidad con el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, y acogiendo el precedente jurisprudencial del órgano de cierre de esta jurisdicción del que se viene de hacer referencia, el Juzgado no condenará en costas (gastos procesales y agencias en derecho) en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas.

TERCERO. Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

CUARTO: Líquidense los gastos del proceso y su hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

QUINTO: En firme este fallo, archívese el expediente, previa anotación en el sistema de Gestión judicial SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS MANUEL GUZMÁN

Juez

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencias del 11 de noviembre de 2021, radicado N° 68001-23-33-000-2015-00787-01(24432), del 18 de noviembre de 2021, radicado N° 25001-23-33-000-2018-00365-01(25510), del 25 de noviembre de 2021, radicado N° 25000-23-37-000-2013-01403-01(24233), del 25 de noviembre de 2021, radicado N° 25000-23-37-000-2016-01988-01(24028), entre muchas otras.

Firmado Por:
Luis Manuel Guzman
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
10
Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **29c8d06591463709d44c63b3f98976b02ac7b5014d8d7fdffcce203f3080d96**

Documento generado en 07/09/2023 03:23:50 PM

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