Señores:

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

E.S.D

Radicación:	**17001333900620220037 1 -**
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	**INES ARANGO DE ZULUAGA - 24316860**
Demandados:	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA

ISOLINA GENTIL MANTILLA abogada en ejercicio, mayor de edad, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 1091660314 y portadora de la tarjeta profesional No. 239.773 actuando en calidad de apoderada sustituta de la **NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO,** conforme consta en el memorial poder adjunto; por medio del documento me permito presentar contestación dentro del presente asunto, conforme a las siguientes consideraciones:

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

1. <u>EN CUANTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA</u>

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones por cuanto tanto las declarativas como las de restablecimiento del derecho no están llamadas a prosperar en contra de mi representada, por las razones que se expondrán a lo largo del escrito de contestación, a saber:

DECLARATIVAS:

PRIMERA: ME OPONGO DECLARE <u>la nulidad del ACTO ADMINISTRATIVO demandado,</u> porque fáctica y jurídicamente **<u>es imposible que se configure la sanción moratoria establecida en la LEY 50 DEL 1990</u>**, puesto que los docentes Afiliados al FOMAG se encuentran amparados por un régimen especial de prestaciones sociales que se rige por la Ley 91 de 1989, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de qué trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, razón suficiente para no abrir paso a la pretensión, porque fáctica y jurídicamente es imposible que se configure la indemnización por consignación extemporánea de la prestación docente, dado que con corte al 15 de febrero de la anualidad siguiente a la causación de la prestación, estas ya se hallan pre-consignadas en el Fondo

Común del FOMAG, derivado del descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la Nación a las Entidades Territoriales. Así mismo, por el giro anual que hace Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada Entidad territorial, al FOMAG.

Adicionalmente, porque el FOMAG es un Patrimonio Autónomo destinado al pago de las prestaciones sociales docentes, motivo lógico por el cual no ostenta, ni le es equiparable la calidad de "Empleador" de que trata el Art. 99 Núm. 3º de la Ley 50 de 1990, respecto del Ente Territorial o Nominador.

SEGUNDA: Me opongo a que se **DECLARE** que el accionante tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, **MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA** le reconozca y pague la **INDEMNIZACION POR MORA** por concepto de no pago a tiempo de intereses sobre cesantías a corte del 31 de cada anualidad **DE MANERA SOLIDARIA**, equivalente al doble de intereses, conforme a la ley 52 de 1975 y

Decreto 116 de 1976, por cuanto los docentes del FOMAG se encuentran amparados por un régimen especial de prestaciones sociales que se rige por la Ley 91 de 1989, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de qué trata la Ley 50 de 1990. Aunado a lo anterior, los empleadores de los docentes afiliados al FOMAG son las entidades territoriales de conformidad con las normas citadas anteriormente, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de "empleador", existiendo falta de legitimidad por pasiva.

Ahora bien, en materia de intereses de cesantías, las condiciones dadas por el régimen especial que ampara a los docentes afiliados a FOMAG son más favorables que las otorgadas por el régimen de las sociedades administradoras de fondos de cesantías, debido a que la liquidación de intereses se realiza sobre el saldo total acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera. De tal suerte que lo pretendido por extremo actor es la trasgresión del "principio de inescindibilidad o conglobamento", es decir, pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que le beneficia.

DE LAS CONDENAS

PRIMERA: ME OPONGO A QUE SE CONDENE a la - **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG** a que se le reconozca y pague la **SANCIÓN POR MORA** establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, puesto que la realidad fáctica

exteriorizada en los medios probatorios, conllevan a la certera convicción que, la actividad operativa de: "consignar las cesantías de la anualidad inmediatamente anterior, antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija", NO es una acción que realiza **FIDUPREVISORA S.A** como Administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO – FOMAG**, así como tampoco es realizada por el **ENTE TERRITORIAL** Empleador o Nominador del Docente.

La no realización del mentado acto, por parte de las Entidades mencionadas, tiene una razón de ser, y es que, además de ser un régimen especial amparado en la Ley 91 de 1989, los recursos para su financiación, y, concretamente los destinados a las cesantías e interés sobre cesantías del cuerpo docentes, son descontados en forma mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la Nación, a los Ente Territoriales; e igualmente, se garantizan con el giro anual que efectúa el Ministerio de hacienda y Crédito Público están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada Entidad Territorial, al FOMAG. Todo ello al amparo del artículo 8 de la citada ley 91 de 1989, los artículo 12 y 13 del Decreto 196 de 1995, el artículo 18 de la Ley 715 de 2011, el artículo 5 del Decreto 3752 de 2002, y el Acuerdo Nº 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del FOMAG.

La actividad de consignación de las cesantías antes del 15 de febrero, menos aún, por el Empleador del docente, y aún menos en una cuenta al individual del docente. Tal como se ampliará en las excepciones que opondré, antes del 01 febrero de la anualidad siguientes a la causación de las cesantías docentes, los montos destinados a cubrir esta prestación ya se hallan consignados en el FOMAG, es decir, **se hallan pre-pagados**, pero en un fondo común, porque no existe cuanta individual de cada docente; actividad llevada a cabo por **LA NACION – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PUBLICO**. Facticiamente, es IMPOSIBLE que con corte al 15 febrero no se hallen consignadas las cesantías en el Fondo.

---

[1] Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.
[2] Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y se dictan otras disposiciones.

Onus probando, incumbit actori. Al demandante le asiste la obligación procesal de probar que, con corte al 15 de febrero que menciona, sus cesantías no se hallan consignadas a su nombre en el Fondo respectivo. **No lo ha probado, y simplemente, es imposible de probar, porque con corte al 15 de febrero de cada anualidad, el fondo común todos los recursos pertenecientes a las cesantías del cuerpo docente ya se encuentran girados al FOMAG.**

La pretensión claudica por sí misma, por incoherencia fáctico-normativa.

SEGUNDA:**ME OPONGO** - A la accionante no le asiste el derecho reclamado, puesto que, al no abrirse paso la pretensión anterior, esta, al ser consecuencia directa de la primera, sucumbe per sé, amparo en el principio general: "lo accesorio sigue la surte de lo principal". Es manifiesta, trascendente, y salta de bulto la vista la incompatibilidad entre la exigencia normativa, y la situación fáctica acreditada por la accionante**.** Aunado a lo anterior, en materia de intereses de cesantías, las condiciones dadas por el régimen especial que ampara a los docentes afiliados a FOMAG son más favorables que las otorgadas por el régimen de las sociedades administradoras de fondos de cesantías, debido a que la liquidación de intereses se realiza sobre el saldo total acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera.

TERCERA: Me opongo a que se **CONDENE** a **la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a que se le reconozca y pague la **SANCION O INDEMNIZACION MORATORIA** a la parte actora por el no pago de cesantías e intereses sobre cesantías, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, toda vez que Los docentes del FOMAG se encuentran amparados por un régimen especial de prestaciones sociales que se rige por la Ley 91 de 1989, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de que trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

CUARTA: ME OPONGO debido a que la misma corresponde a una consecuencia derivada de la prosperidad de las pretensiones declarativas, de tal suerte que, al desecharse por improcedentes, las pretensiones condenatorias deberán correr la misma suerte.

QUINTA: ME OPONGO, por cuanto al demandante no le asiste derecho a lo pretendido y en cualquier caso según lo dispuesto en la en el artículo 192 de la ley 1437 de 2011, en caso de proferirse sentencia en contra, la entidad pública cuenta con 10 meses para dar cumplimiento al fallo.

SEXTA: ME OPONGO debido a que NO existe fundamento fáctico ni jurídico alguno que habilite al Despacho a emitir condena en costas en contra de mi representada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 365 de Código General del Proceso ni el criterio valorativo adoptado por el Consejo de Estado frente al particular.

2. EN CUANTO A LOS HECHOS

PRIMERO: NO ES UN HECHO EN SÍ MISMO; de conformidad con lo estipulado en la ley 91 de 1989 en cuanto a la creación del FONDO NACIONAL DE PRESTACION SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO: La referencia **NO ES UN HECHO EN SÍ MISMO,** sino que constituye una apreciación personal del apoderado judicial de la parte demandante, con respecto a la norma en cita.

TERCERO: La referencia **NO ES UN HECHO EN SÍ MISMO,** sino que constituye una apreciación personal del apoderado judicial de la parte demandante, con respecto a la norma en cita, que valga la pena advertir, carece de todo fundamento jurídico y/o jurisprudencial que soporte tal indicación, máxime que en el citado artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, no

establece el pago de cesantías e intereses de cesantías antes del 30 de enero de la anualidad y la consignación al FOMAG en una cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente; principalmente, en razón a que los docentes del FOMAG se encuentran amparados por un régimen especial de prestaciones sociales que se rige por la Ley 91 de 1989, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de que trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes. Aunado a lo anterior, **no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo**.

CUARTO: NO ES CIERTO, ya que lo referido por el accionante es la trasgresión del "principio de inescindibilidad de la ley", es decir, pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que le beneficia.

QUINTO: NO ES CIERTO lo que indica el extremo actor, ya que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. En consecuencia, las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la "consignación de cesantías", únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente, la actividad operativa de "liquidación del valor de las cesantías" debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.

SEXTO: ES CIERTO, el acto administrativo acusado, se profirió en estricto cumplimiento de las normas legales vigentes ya aplicables al caso de la demandante, sin que se encuentre vicio de nulidad alguna, toda vez que el acto administrativo acusado de ninguna manera ha perdido su presunción de legalidad, ya que la demanda carece de fundamento jurídico que la sustente.

SEPTIMO: NO ES UN HECHO EN SÍ MISMO, sino un presupuesto del medio de control.

OCTAVO: NO ES UN HECHO EN SÍ MISMO, máxime que el extremo actor sustenta sus pretensiones en la SU 98 DE 2018 emitida por la Corte Constitucional, sin embargo, no existe identidad fáctica para dar aplicación al caso que ocupa la atención del despacho. En cuanto a la Sentencia bajo el radicado 08001-23-33-0002014-00132-01 (1689-2018), Demandante: MARGARITA ROSA REYES CABALLERO, la apodera judicial desconoce que es una sentencia con efecto inter partes, además que en el pronunciamiento referido, No se realiza estudio alguno sobre la dinámica que sigue las cesantías al interior del Sistema Especial – FOMAG, esto es, las fuentes de financiación su forma y tiempos de giro al Fondo, y la Entidad que realiza dicha actividad, caso contrario pasa con el pronunciamiento el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "B" mediante sentencia radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01 de 24 de enero de 2019 con ponencia de la Consejera Ponente Dra. Sandra Liseth Ibarra Vélez se pronunció sobre la jurisprudencia constitucional mencionada en el presente hecho y en la cual se realiza un estudio acucioso del Regimen Especial Docente y la Ley 50 del 1990, el cual se desarrolla en las **CONSIDERACIONES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES / LA INDEMNIZACIÓN POR CONSIGNACIÓN EXTEMPORANEA DE LAS CESANTIAS EN EL RÉGIMEN DOCENTE ANTES DEL 15 FEBRERO, EN LA JURISPRUENCIA NACIONAL,** que se pasa a exponer a continuación:

3. CONSIDERACIONES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES PRELIMINARES

Teniendo en cuenta los hechos planteados, podemos señalar que el problema jurídico se circunscribe en determinar si les asiste derecho a los docentes oficiales a reclamar el pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 en su artículo 99, por la consignación tardía de las cesantías anualizadas. Así las cosas, es menester memorar que de conformidad con el **artículo 1 del Decreto 1582 de 1998 son destinatarios del régimen de liquidación y pago de las cesantías contemplado en la Ley 344 de 1996, 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**, circunstancia que valga decir, **no es aplicable a los docentes vinculados al régimen especial docente como pasa a verse:**

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

El inciso tercero del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio» en el inciso, reza:

> *"ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*
>
> *… "Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las **normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional**, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley."* (subrayas fuera de texto).

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

Por otra parte, y teniendo en cuenta que la norma bajo estudio implica que los destinatarios estén afiliados a fondos privados de cesantías, es menester memorar que el Legislador a través de la Ley 91 de 1989 creo el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con la finalidad de crear un patrimonio autónomo en aras de conciliar los intereses de los educadores definiendo las responsabilidades en materia prestacional y los mecanismos con los que se financiaran y administraran las mismas. En este sentido y en lo atinente a las cesantías el artículo 15, numeral 3, de la Ley 91 de 1989 fijó:

> *"3. Cesantías: Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.*
>
> *Para los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia*
>
> *Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional."* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En este orden de ideas y respecto a los recursos por los que se encuentra financiado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que valga decir provienen por disposición legal de la Nación, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 91 de 1989, se estableció:

> *"Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos: 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.*
> *2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.

4 El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.

5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.

7. Los bonos pensionales, y 8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto"

Por otra parte, la ley 50 de 1990 de la cual valga memorar son destinatarios los servidores públicos del orden territorial que se afilien al fondo privado de cesantías en su artículo 99 previó:

"«Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1º. 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.

2º. 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."

3º. 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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo." (Subrayas fuera de texto).

De lo anterior se desprenden las siguientes conclusiones:

1. Los docentes son destinatarios del régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989 como empleados públicos del orden nacional.
2. Se encuentran afiliados de forma obligatoria al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no a una cuenta individual elegida por el docente.
3. Tanto la liquidación de las cesantías como el trámite de la consignación son distintos para uno y otro régimen, circunstancia que abre paso a la necesidad de verificar si es dable la aplicación del principio de favorabilidad como consecuencia de la inexistencia de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías en el régimen especial docente.

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

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así:

"En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad."

La jurisprudencia de la Corte Constitucional lo ha entendido como:

"Este mandato constitucional establece una serie de derechos y garantías mínimas fundamentales en favor de los trabajadores, que no pueden ser desconocidos. Entre estos, se encuentra el principio de favorabilidad en la aplicación de las normas jurídicas laborales o en la interpretación de éstas, lo cual supone que el funcionario

público deberá optar por dar aplicación a la situación más favorable para el trabajador cuando exista un conflicto de normas jurídicas o dudas en la interpretación de una determinada norma jurídica."

Descendiendo al tema que nos ocupa es claro que la figura jurídica de la sanción moratoria encuentra dos fuentes normativas distintas (Ley 50 de 1990 y Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006), se origina en causas disímiles. En este sentido, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "B" mediante sentencia radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01 de 24 de enero de 2019 con ponencia de la Consejera Ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dejo las siguientes enseñanzas:

"Cabe anotar que la figura jurídica de la sanción moratoria, que se encuentra en dos fuentes normativas distintas (Ley 50 de 1990 y Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006), se origina en causas disímiles. Por ejemplo, una de ellas es que la sanción que contempla la Ley 50 de 1990 se origina ante la no consignación del empleador en los términos previstos por el Legislador, mientras que la sanción prevista en la Ley 244 de 1995 se da en razón a la solicitud del interesado y la consignación tardía luego de que se emite el respectivo acto administrativo que reconoce la liquidación del auxilio de cesantías, de forma parcial o total, a favor del trabajador. Además, la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, está sujeta al fenómeno de la prescripción."

Más adelante continúa diciendo:

"…Sobre el particular, es preciso que la Sala de decisión deje sentada su posición, para señalar que el principio de favorabilidad contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política, ha sido definido por la doctrina como la «facultad que tiene el juez de trabajo para resolver los casos de conflicto entre dos o más disposiciones legales o contractuales, mediante la aplicación de aquella que más favorezca y proteja el interés del trabajador, independientemente de su origen, naturaleza o rango jerárquico» . Al respecto, esta Corporación , ha señalado que la potestad del juez para optar por la regla más favorable para resolver un caso, implica necesariamente la concurrencia de dos elementos: «(i) la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica que una u otra interpretación tengan; y (ii) la noción de interpretaciones concurrentes, pues además de generar duda, deben ser aplicables a los supuestos de hecho de las disposiciones normativas en juego y a las situaciones fácticas concretas.»

48. Tal como se expuso en la sentencia revisada por la Corte Constitucional y que fuere dejada sin efectos, en el caso del demandante no se configuraba la conflictividad de disposiciones aplicables o una dualidad de interpretaciones de una misma disposición normativa, entre las cuales, el juez debía determinar el precepto que conllevara mayor favorabilidad al empleado.

49. Lo anterior, por cuanto la finalidad del legislador y de manera conjunta con el Gobierno Nacional al crear el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, era precisamente unificar el sistema prestacional de los maestros del sector público, que con ocasión de la diversidad de regímenes que obedecían a las vinculaciones con las diferentes entidades territoriales, generó un grave desorden y desigualdad que pretendió eliminarse con la expedición de la Ley 91 de 1989…." (Subrayas fuera de texto).

… 51. De lo expuesto hasta este punto, se establece que tanto el Gobierno al presentar el proyecto de ley, como el Congreso al debatirlo, coincidieron en la finalidad de crear un patrimonio autónomo administrado por una entidad fiduciaria estatal que en términos del legislador permitiera «mantener el equilibrio del Fondo y delimitar las responsabilidades de cotización entre la Nación y los maestros», en aras de «conciliar los intereses nacionales con los de los educadores», a través de la implementación de una norma que definiera en forma clara, las responsabilidades en materia prestacional y replanteara los mecanismos financieros y administrativos que en aquella época existían para el pago de las obligaciones ya existentes, así como las futuras relacionadas con los docentes del sector oficial."

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Ahora bien, en lo que respecta a las cesantías señaló:

> "53. Lo anterior, en modo alguno permitiría inferir que uno y otro régimen prestacional son similares, dado que las sociedades administradoras de fondos de cesantías, cuyas características, por facultad de la ley, se establecieron por el Gobierno a través de decreto pueden equipararse a la naturaleza de la cuenta especial de la Nación creada para el manejo de las prestaciones sociales y los servicios de salud de los afiliados al FOMAG; así como tampoco puede concluirse que la intención del legislador fuese equiparar a los docentes beneficiarios de la Ley 91 de 1989, respecto del sistema previsto en la Ley 50 de 1990 y que se extendió únicamente a trabajadores particulares y aquellos servidores públicos afiliados a fondos de carácter privada." (Subrayas fuera de texto).

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

Sobre este tópico se refirió la jurisprudencia objeto de desarrollo:

> "57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, …"

Aunado a lo anterior y en lo atinente a la forma de liquidación y administración y/o manejo de las cesantías en uno y otro régimen, el Órgano de Cierre hace la siguiente distinción:

> "… en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.
>
> 60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten. (Subrayas fuera de texto).

Por sí lo anterior no fuese poco, en el régimen especial docente no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la misma vigencia presupuestal se descuenta del presupuesto de las entidades

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

territoriales una doceava parte del situado fiscal para reservar el valor del pasivo prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías, descartando inmediatamente la sanción mora por consignación extemporánea, de conformidad con las siguientes normas:

> "La Ley 715 de 2001 por medio de la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, que establece en su 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 1°. 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 2°. Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.
>
> Parágrafo 3°. El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.
>
> Parágrafo 4°. El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación. El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

La misma Ley 715 en su artículo 36 fijó sobre la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para Educación, lo siguiente:

> "La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1º del artículo 357 de la Constitución, se realizará el 1º de enero del año 2002.
>
> Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1º de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones." (Subrayado fuera de texto)

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Así mismo, el antecedente de lo expuesto se evidencia en la Ley 91 de 1989 que en su artículo 8 indicó sobre los recursos que harían parte de las reservas del FOMAG para el pago prestaciones a su cargo incluidas las cesantías, regulo el tema así:

> "Artículo 8. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:
> 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.
> 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.
> 3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.
> **4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.**
> 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.
> 6. El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4a. de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales.
> 7. El porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de las prestaciones del Magisterio.
> 8. Las sumas que debe recibir de la Nación y de las entidades territoriales por concepto de las prestaciones sociales adeudadas, así como los dineros que por el mismo concepto resulten adeudar la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro, las cuales se destinarán a constituir las reservas para el pago de las prestaciones económicas. Para este último efecto, el Fondo realizará un corte de cuentas con las mencionadas entidades con el fin de determinar las sumas que éstas adeudan al momento de su iniciación. Dicho corte de cuentas deberá estar perfeccionado a más tardar en un año.
> 9. Las utilidades provenientes de las inversiones que haga el Fondo con fines de rentabilidad y los intereses recibidos por concepto de los préstamos que conceda.
> 10. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.
> Parágrafo 1. En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4. de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2." (Negrilla fuera de texto)

Posteriormente, el Decreto 196 de 1995 por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en su artículo 12 y 13 estableció:

> "Artículo 12º.- Recursos. **El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial**. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:
> 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.
> 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.
> **3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.**
> 4 El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.
> 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.
7. Los bonos pensionales, y
8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

"Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial."

Las normas citadas deben estudiarse en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

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

Esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia, puntualmente para el año 2021 se emitió el Comunicado 008 de fecha 11 de diciembre de 2020 en el que se fijó:

"Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. (…) Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías.
2. **La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el 05 DE FEBRERO DE 2021. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.**

3. **La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador** (..)" (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Así mismo, para la liquidación de las cesantías en la vigencia 2020, se emitió por parte la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG la programación de la liquidación de cesantías en diciembre de 2019, mediante el Comunicado 16 del 17 de diciembre de 2019 en el que se dieron los lineamientos operativos y la fecha para presentar el reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina del año 2020, en dicho comunicado se deja la siguiente fecha de entrega de la liquidación:

"**2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el 05 DE FEBRERO DE 2020. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes"** (Subrayado y negrilla fuera de texto)

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

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

Por otro lado, y en lo que concierne a los intereses a las cesantías de uno y otro régimen, el Órgano de Cierre de lo Contencioso Administrativo en la jurisprudencia reseñada en este escrito, indicó:

> "En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
>
> … 63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989 .

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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

… 65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

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

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

Para el pago de intereses a las cesantías la gestión a cargo de las Entidades Territoriales frente al reporte anual de cesantías es el siguiente:

a. Identificar los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con régimen de anualidad.
b. Liquidar anualmente las cesantías de los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con régimen de anualidad.
c. Notificar a los educadores de los valores liquidados anualmente como cesantías, para conocimiento y para que puedan interponer los recursos en caso de no estar de acuerdo con el valor liquidado.
d. Reportar anualmente, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los valores de las cesantías causados por cada educador.
e. Reportar las cuentas bancarias de los educadores afiliados al Fondo con régimen de anualidad, para el pago de intereses.
f. Remitir aclaraciones a las inconsistencias informadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora, respecto a la indemnización **por el pago tardío de los intereses a las cesantías** que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, mediante la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares, cita:

"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, en 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. (…) (Subrayado fuera de texto)

De la norma transcrita se concluye lo siguiente:

1. Esta norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al FOMAG quienes tiene norma especial, y se les aplica para el pago de los intereses a las cesantías el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
2. Las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG.
3. Existe una imposibilidad operativa de que exista sanción mora por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.
4. Los empleadores de los docentes afiliados al FOMAG son las entidades territoriales de conformidad con las normas citadas anteriormente, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de "empleador", existiendo falta de legitimación en la causa por pasiva.
5. Las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la "consignación de cesantías", únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de "liquidación del valor de las cesantías" debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.
6. **De aplicar a los docentes afiliados al FOMAG la Ley 52 de 1975, se desmejorarían sus condiciones respecto de la prestación "intereses a las cesantías**" debido a que las condiciones dadas por su régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general, debido a que la liquidación de intereses para los docentes afiliados al FOMAG se realiza sobre el total del saldo acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.
7. Respecto a la posibilidad del trabajador de escoger el fondo de cesantías que en la norma en cita se describe como "que el mismo elija", es un hecho de imposible aplicación porque todos los docentes oficiales por norma especial deben ser afiliados al FOMAG, por lo tanto, no hay escogencia de fondo por parte de los docentes.
8. Lo pretendido por el demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad de la ley, esto es, la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que le beneficia, infracción prohibida en la ley y la jurisprudencia.

- **LA INDEMNIZACIÓN POR CONSIGNACIÓN EXTEMPORANEA DE LAS CESANTIAS EN EL RÉGIMEN DOCENTE ANTES DEL 15 FEBRERO, EN LA JURISPRUENCIA NACIONAL**

Variado, pero incompleto ha sido el debate jurisprudencial en torno a extender la indemnización por consignación extemporánea de las cesantías antes del 15 febrero (Núm. 3 Art. 99 Ley 50 de 1990), al Régimen Especial del FOMAG.

Desde pronunciamientos donde se condenó al Ente Territorial por la falta de consignación de las cesantías, derivado de la no afiliación del docente al FOMAG; pasando por sentencias que absuelven al FOMAG, debido al Régimen Especial que

rige al Fondo, e impide la aplicación de normativa propia del Régimen General; hasta providencias que condenan a FOMAG, amparadas en la extensión de la indemnización del citado Núm. 3 Art. 99 Ley 50 de 1990, por vía de los presuntos principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución; todas estas decisiones judiciales poseen un común denominador**: No realizaron un estudio detallado de las normas que rigen en el Régimen Especial FOMAG, en lo referente a: las fuentes de financiación de las prestaciones sociales docentes, su forma y tiempos de giro al Fondo, la Entidad que realiza dicha actividad, el inexistente acto operativo de *"consignación por parte del empleador, de las cesantías en un Fondo antes del 15 de febrero"*, y el procedimiento interno de reporte y pago de los intereses de las cesantías.** Veamos:

Las Sentencias de Unificación SU-098 de 2018 y SU-573 de 2019 – Corte Constitucional

La providencia **SU-098 DE 2019** fue proferida dentro de expediente de tutela contra providencias judiciales, por cuanto los Jueces de instancia, negaron el reconocimiento y pago de la indemnización por consignación extemporánea de las cesantías docentes antes del 15 febrero (Núm. 3 Art. 99 Ley 50 de 1990). Los extremos en litigio y las decisiones se resumen así:

Demandate:	Docente en **provisionalidad, y vínculo laboral terminado**
Demandado:	**Ente Territorial** - Municipio de Cali - Secretaria de Educación
Motivos de la demanda	Falta de consignación de las cesantías al Fondo, antes del 15 de febrero
Argumentos del demandado:	Manifestó que **el docente no fue afiliado al FOMAG ni a otro fondo por un error interno**, esto es, porque se presentó una inconsistencia en el aplicativo de afiliación al Fondo con respecto a algunos docentes técnicos provisionales.
Primera Instancia: Tribunal Administrativo Valle	**NIEGA PRETENSIONES:** Las normas que cobijan al actor como docente en el sector oficial no se extienden a la aplicación de lo dispuesto en la Ley 50 de 1990 en materia de administración, liquidación y reconocimiento de cesantías. Al contrario, consideró que no había duda de que, en su calidad de docente provisional vinculado al servicio educativo estatal, lo ampara el régimen prestacional que contempla la Ley 91 de 1989 y, por esta razón, no era posible reconocer la sanción moratoria solicitada.
Segunda instancia: Consejo de Estado	**NIEGA PRETENSIONES:** En ningún caso implicaba la aplicación de la sanción pecuniaria prevista en la Ley 50 de 1990, pues se trata de un sistema especial del que no son destinatarios los docentes del sector oficial, el cual se encuentra regulado en la Ley 91 de 1989.

De entrada, se advierten tres situaciones **VERTEBRALES**, y que **influyeron directamente en la resolución del caso**. La primera es que, la calidad de vinculación del docente, era la provisionalidad, y, con vínculo laboral terminado. La segunda, que **el**

extremo demandado fue el Ente Territorial, no el FOMAG. La tercera, que **el Municipio no afilió al demandante al FOMAG ni a otro Fondo.**

En sede de instancias de tutela, en lo pertinente, **el *A-quo* concedió el amparo**, pero argumentado que, "*al realizar análisis con fundamento en el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política es altamente probable que se concluya que los docentes oficiales tienen derecho a la sanción moratoria*". Sin embargo, dicho **fallo fue revocado por el *Ad-quem***, al considerar que en primera instancia se concedió a la pretensión invocada con sustente en la sanción moratoria de la Ley 244 de 1995, sin tener en cuenta que el actor invocaba la indemnización por consignación extemporánea de cesantías de la Ley 50 de 1990.

Como **problema jurídico,** la Corte Constitucional de planteó dilucidar sobre el **desconocimiento del precedente, defecto sustantivo y violación directa de la Constitución por no aplicar el principio de favorabilidad,** al omitir para el tutelaste, en su calidad de docente, la indemnización del numeral 3º del art. 99 Ley 50 de 1990.

En desarrollo del problema, la Corte comienza por citar diversos apartes jurisprudenciales referentes al alcance de la prestación social del auxilio de cesantías, reafirmado la importancia de esta prestación, no solo para el trabajador sino para su núcleo, que lo ampara ante el riego de quedar cesante, y además que, en caso de requerirlo, acceda a vivienda y educación. **Este análisis lo realiza la Corte, para fundar el fallo condenatorio, en el sentido de poner de presente el riesgo que implica la consignación extemporánea de las cesantías en el Fondo del Trabajador**; puesto que en el evento de solicitud parcial o definitiva, el Fondo no va a contar con los recursos para su pronta disposición, afectando íntegramente al titular.

Luego de un estudio corto del régimen legal de cesantías docentes, donde se limita a reproducir los contenidos pertinentes del canon 6º de la Ley 6 de 1945 y la Ley 65 de 1946, así como de los artículo 1º, 2º y 9º y 15º de la Ley 91 de 1989, respecto a la consagración de las cesantías en el Sistema Especial – FOMAG; y **concluye que respecto de la sanción moratoria, la Ley 91 de 1989 no dijo nada acerca del derecho de los docentes al reconocimiento de esta indemnización por consignación extemporánea de sus cesantías.** Sin embargo, la Corte arriba a esta errónea conclusión, debido a que desconoce la normatividad que en materia de cesantías regulan la prestación al interior del Régimen Especial.

Posteriormente aborda el estudio del régimen legal de la indemnización por consignación extemporánea de las cesantías luego del 15 de febrero, del núm. 3 del art 99 Ley 99 de 1990, manifestando que en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, se extendió la liquidación anual de cesantías (Ley 50 de 1990) a todas las personas que se

vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989, y que el Decreto 1582 de 1998, dictado en el marco de la Ley 4 de 1992, para reglamentar los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5° de la Ley 432 de 1998.

Habiendo descendido a verificar la presunta aplicación del principio de favorabilidad y la interpretación conforme a la Constitución, sostuvo:

> *A pesar de que los jueces adoptaron una postura razonable y se encuentra justificada desde el punto de vista legal,* ***este entendimiento excluyó otra posible interpretación de la normativa general que consagra la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.***
>
> *Esto, por cuanto el ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a* ***todos los empleados públicos****. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000[3] en su art. 1º[4]*
>
> *Así las cosas, aunque los jueces contencioso administrativos expusieron que la anterior normativa no era aplicable a los docentes del sector oficial porque se encuentran cobijados por un régimen especial, y que la norma*

[3] "Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la Fuerza Pública".

[4] *"**Artículo 1°.** Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías. Parágrafo. Los fondos o entidades públicas, incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo". (Subraya fuera de texto)*

remite a las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, de lo cual concluyeron que estaban excluidos, ***omitieron realizar una lectura de la norma en todo su contexto y a la luz de la interpretación que estuviera conforme a la Constitución.***

De esta manera, la Sala no comparte el anterior razonamiento, puesto que precisamente las normas que se encuentran en la disposición, en particular, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996. ***Al respecto, las autoridades judiciales interpretaron el aparte "sin perjuicio de (…) lo estipulado en la Ley 91 de 1989" bajo un entendimiento restrictivo, en el sentido de que los docentes estaban excluidos de este contenido de manera categórica.***

No obstante, como quedó visto en la parte considerativa de esta providencia, ***existe otra interpretación sobre el alcance de esta norma.*** *Así, en varios pronunciamientos del Consejo de Estado sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en virtud de lo dispuesto en la Ley 50 de 1990 se establece que aunque en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y el Decreto Reglamentario 1582 de 1998 se extiende el régimen de liquidación y pago de las cesantías a los servidores públicos del nivel territorial, también lo es que, en materia prestacional los docentes que se vincularon con posterioridad al 1° de enero de 1990 -que sería el caso del actor, pues su vinculación se efectúo el 31 de marzo de 2003- se encuentran sometidos a las normas de los empleados públicos del orden nacional, según lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.*

Bajo esta perspectiva, dichos fallos del Consejo de Estado concluyen que no es que los docentes estén excluidos de lo dispuesto en la norma, sino que no son destinatarios de la sanción moratoria que se extendió a los servidores públicos del orden territorial porque no cumplen los requisitos de: (i) reunir la condición territorial ni (ii) estar afiliados a un fondo privado administrador de cesantías de aquéllos creados por la Ley 50 de 1990, pues para eso se creó el FOMAG.

Una vez realizada la anterior aclaración, ***encuentra la Corte que existe una interpretación favorable al actor que no se tuvo en cuenta por el despacho ni la Corporación Judicial, y que se encuentra en el mismo contenido de la disposición en comento, pues allí se establece, en lo pertinente, que los empleados públicos que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del Decreto 1252 de 2000 –el actor se vinculó el 31 de marzo de 2003- tienen derecho al pago de las cesantías en los términos establecidos en la Ley 50 de 1990 y que lo allí dispuesto se aplica aún en el evento en que el servidor público se rija por un régimen especial que regule las cesantías.***

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

Como síntesis de su razonamiento, expuso,

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

Lo afirmado por la Corte da a entender, que al interior del Régimen Especial del FOMAG, opera la "**consignación de las cesantías antes del 15 de febrero"** lo cual es un craso error considerarlo así, a primera vista.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Entonces, no es que al interior del Sistema FOMAG (Ley 91/89) subsista la obligación de **"consignar las cesantías antes del 15 de febrero"**, lo pasa es que, el caso concreto resuelto en la sentencia, comporta tres presupuesto de hecho muy particulares, que son: **i).** La no afiliación del Docente al FOMAG, por parte del Ente Territorial, y **ii).** La afiliación al FOMAG en forma tardía el 19 de octubre de 2007, y, **iii).** La consecuente consignación de sus cesantías al FOMAG "en forma extemporánea por el Ente Territorial"

Con todo, debe quedar claro que en este caso particular estamos hablando de la **"consignación de las cesantías al FOMAG por parte del Ente Territorial"** como un caso extremo y excepcional a la regla general, pues ello se derivó de la "**no afiliación oportuna al FOMAG",** seguido de l "**la afiliación tardía al FOMAG"**, y, finalmente, "**la consignación al FOMAG, de las cesantías no había reconocido en las anualidades alegadas.**"

Estos son presupuestos de hecho y derecho que deben quedar muy claros, porque, en un "**estado normal de cosas"**, esto es, en el evento en que el Ente Territorial hubiera afiliado al docente en forma oportuna al **FOMAG**, no podía configurarse, ni haberse hecho exigible la actividad operativa de **"consignación de las cesantías al Fondo, antes del 15 de febrero"**, porque, tal como se ha reiterado ampliamente sobre la temática, los recursos destinados a cubrir estas prestaciones docentes, hubieran sido descontados por parte del Ministerio de Hacienda, del presupuesto que ingresa de la Nación al Ente Territorial, y **pre-girados al FOMAG**, **antes del mes de febrero de la anualidad siguiente a la causación** de cada periodo de cesantías.

Entonces, **el pago de la indemnización a que fue condenado el Ente Territorial, no podía derivarse de la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en los precisos términos en que lo señaló la Corte**, porque **esa situación ha generado una interpretación sesgada, la cual no se compadece, y no consulta las reales situaciones de hecho y derecho que ocurren al interior del Sistema Especial FOMAG**, en lo que refiere concretamente a las cesantías docentes. Veamos:

- **La aplicación del principio de favorabilidad**, y, por virtud de este, la **extensión del beneficio de la indemnización prevista en la Núm. 3. Art. 99 ley 50 del 1990**, a favor del cuerpo docente regido por la Ley 91 de 1989, **da a entender –en todos los casos-**, que al NO existir norma expresa dentro de la citada Ley 91/89, que penalice la consignación extemporánea de las cesantías antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente a la causación de la prestación; **debe recurrirse (vía favorabilidad) al Sistema General (Art. 99.3 Ley 50/90)**, en aras de salvaguardar los principios de igual de trato jurídico, y no discriminación de los destinarios.

  En línea de principio, esta es la interpretación que emana de la sentencia de la Corte, pero, tener por cierta dicha consideración, **redunda en errónea,** porque nos conllevaría a caer en absurdas conclusiones, como que, al interior del **Sistema Especial FOMAG**, existe la obligación y concurre la actividad operativa de ***"consignar las cesantías al Fondo antes del 15 de febrero",*** de suerte tal, que su inobservancia abre paso a la ***"indemnización pro consignación extemporánea".*** **Dicho asunto, como se ha reiterado, no acontece dentro del Sistema FOMAG.**

- Lo que ocurre es que **la Corte no fue afortunada**, al argumentar y explicar las razones por la cuales, en el caso concreto del docente tutelante, prosperaba la aludida indemnización de la Ley 50/90, a su favor. Ello, por cuanto **es manifiesto y trascendente que la Corte desconoce la dinámica de las cesantías en el Sistema FOMAG**, desde la **fuente de financiación, su forma y tiempos de giro al Fondo, y la Entidad que realiza dicha actividad.**

  Me atrevo a decir que no fue afortunada, porque la Corte, al haber señalado en forma generalizada, que la indemnización del Régimen General - Ley 50/90, también le era extensiva al Régimen Especial FOMAG de la Ley 91 de 1989, ante la inexistencia en el mismo; no supo discernir y discriminar entre dos situaciones de hecho y derechos abismalmente diferentes:

1. Por un lado, respecto de la situación fáctica que estaba resolviendo, donde **el Ente Territorial no afilió al docente al FOMAG** ni a otro Fondo; **no le efectuó consignación de cesantías en los años 2004, 2005, y 2006**; **lo afilió extemporáneamente al FOMAG** el 27 de octubre de 2007; y, **posterior a esta fecha le consignó las cesantías** de las anualidades mencionadas, en el FOMAG.

2. Por el otro, respecto de la situación fáctica **cuando el sujeto pasivo de la relación procesal fuera el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO,** en aquellos **casos en que los docentes le imputan la consignación extemporánea de sus cesantías.**

En el primer evento, pese a que nos oponemos a la forma en que fue aplicado el principio de favorabilidad (pues se hizo en forma generalizada sin distinguir las particularidades que ahora estamos debatiendo), lo cierto es que el Ente Territorial al haber incumplido sus obligaciones, debía asumir la responsabilidad y concomitantes penalidades, tal como lo impone el Par. 1º, Art. 1º, Decreto 3752 de 2003.

El segundo evento, al no haber sido abordado por la Corte, generó dos consecuencias:

i). La primera es que, esa situación de hecho y derecho continuará sin la precisión constitucional requerida, hasta tanto se aborde desde la óptica de las **fuentes de financiación de las cesantías docentes, su forma y tiempos de giro al Fondo, y la Entidad que realiza dicha actividad.** Solo de esa manera, la jurisprudencia constitucional podrá evolucionar en la materia, y superar el actual debate; pues evidenciará que la "***consignación de las cesantías antes del 15 de febrero"*** no opera al interior del Sistema Especial FOMAG, y, como consecuencia lógica, la extensión de la indemnización del Art. 99.3 Ley 50/90, jamás podrá abrirse camino.

ii). La segunda, es una consecuencia nociva y catastrófica para el Sistema Jurídico, pues, es un asunto librado a la autonomía (Art. 230 C.P.) de los Administradores de Justicia, en las respectivas instancias; los cuales, hasta el momento, parecen encaminarse por la sesgada interpretación emanada de la Sentencia SU-098 de 2018, y errónea consideración de: **Aplicar el principio de favorabilidad, y, por virtud de este, la extensión del beneficio de la indemnización prevista en la Núm. 3. Art. 99 ley 50 del 1990, a favor del cuerpo docente regido por la Ley 91 de 1989, que al NO existir norma expresa dentro de la citada Ley 91/89, que penalice la consignación extemporánea de las cesantías antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente a la causación de la prestación; en aras de salvaguardar los principios de igual de trato jurídico, y no discriminación de los destinarios; en aquellos eventos en que el extremo demandado es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

Ahora, en manera alguna puede considerarse que la Sentencia SU-098 de 2018 constituya precedente jurisprudencial aplicable, respecto a que**, "al interior del Régimen Especial FOMAG – Ley 91 de 1989- los docentes tienen derecho 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".**

Esta precisión es necesario hacerla, porque así fue entendido erróneamente por el Consejo de Estado[5] en sentencia del 12 de noviembre de 2020. Sin embargo, tal como fue decantado en la Sentencia de Unificación SU-573 de 2019[6] : ***"los accionantes allegaron ante el juez de primera instancia la Sentencia SU-098 de 2018…[ ]… esta sentencia tampoco constituye un precedente aplicable al asunto sub examine…[ ]… por cuanto …[ ]… la ausencia de identidad fáctica también impide aplicar el precedente al caso concreto."*** En dicho caso, se peticionaba dejar sin efectos las sentencia que en instancias de tutela habían negado la configuración de defecto sustantivo y desconocimiento del precedente, y violación directa a la constitución, respecto a la providencia del Consejo de Estado que en segunda instancia ordinaria

[5] Sección Segunda, Subsección A, Rad; 08001-23-33-000-2014-00132-01, Exp. 1689-2018, Proceso de MARGARITA ROSA REYES CABALLERO vs NACIÓN MEN FOMAG y otros., C.P. William Hernández Gómez.
[6] Corte Constitucional, Sala Plena, 27 de noviembre de 2019, M.P. Carlos Bernal Pulido.

revocó el fallo del A-quo, y negó la pretensión[7] de reconocimiento y pago de la indemnización por la no consignación de las cesantías de los años 2001, 2002 y 2003, prevista por el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998.

Valga pena acotar, en la mentada Sentencia de Unificación, la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró improcedentes las acciones de tutela interpuestas en contra de las sentencias dictadas por el Consejo de Estado, en el marco de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por los tutelante, ***…[ ]… "tras advertir que la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no consignación de las cesantías en el régimen docente, dispuesta por la Ley 50 de 1990 y Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, carecía de evidente relevancia constitucional, en la medida en que la discusión planteada: … [ ]… (iii) pretendía reabrir la controversia legal resuelta por el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo".***

Los motivos por los cuales la Corte Consideró que no era posible dar a aplicación a la Sentencia SU-098 de 2018, al caso concreto, fueron esquematizados en la misma sentencia SU-573 de 2019, y, debido a su pertinencia, en su literalidad se plasman:

CRITERIOS	SENTENCIA SU-098 DE 2018	CASO *SUB EXAMINE (SU-573 de 2019)*
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
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.

[7] El argumento central y fundante de la decisión de negar las pretensiones, señala: "**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 1º de enero de 1990, pues su nombramiento efectuado por el representante legal 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".* (Subrayas y negrillas propias).

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.**

Los anteriores motivos esbozados, tienen una potísima razón de ser, y es que, la sentencia SU-098 de 2018 hizo extensiva –aunque no se comparte la forma en que se procedió-, la

indemnización de que trata el Núm. 3 Art. 99 ley 50 de 1990, pero respecto del Ente Territorial (***No del FOMAG, por cuanto no fue extremo demandado***), y **lo que allí se penaliza es la no afiliación del docente a FOMAG, la no consignación oportuna de las cesantías, la consecuente afiliación tardía, y la consignación extemporánea de las cesantías, por parte del Municipio, al FOMAG. Todo ello, en aplicación del Par. 1º Art. 1º del Decreto 3752 de 2003, que le endilga toda la responsabilidad al Ente Territorial por la no afiliación de los docentes al FOMAG, y el consecuente pago de la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan.**

Detállese que **la sentencia SU-573 de 2019, fue proferida con posterioridad a la SU-098 de 2018. Ello significa que, la sentencia de segunda instancia del Consejo de Estado que negó las pretensiones** del pago indemnizatorio previsto por el Núm. 3º Art. 99 Ley 50 de 1990 y la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, por la no consignación de las cesantías al interior del Sistema FOMAG, **se MANTUVO EN FIRME** por los motivos que ya fueron señalados.

Sea del caso entonces resumir que, la pluricitada Sentencia SU-098 de 2018 desarrolló y sentenció unos presupuestos de hecho y derecho, cuyos efectos son INAPLICABLES aquellos casos de docentes pertenecientes al Sistema Especial del FOMAG, con REGIMEN ANUALIZADO DE CESANTÍAS, NOMBRAMIENTO EN PROPIEDAD, y VINCULACIÓN LABORAL VIGENTE

- **Sentencia Rad: 76001233100020090086701 – Exp. 4854-2014 – Consejo de Estado**

Mediante esta providencia del 24 de enero de 2019, se procedió a **dar cumplimiento a la Sentencia de Unificación SU-098 de 2018** de la Corte Constitucional, en el "*sentido proferir un nuevo fallo en el que se tengan en cuenta las consideraciones referentes* ***a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990***."

Esta sentencia se halla revestida de cuatro características muy relevantes:

1. El Consejo de Estado debía proferir fallo favorable a los intereses del tutelante, teniendo por brújula, lo erróneamente generalizado por la Corte Constitucional, esto es: "e*l derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990"*

2. Pese a proferir la respectiva sentencia reconociendo el derecho, el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo, manifiesta y desarrolla razonadamente los motivos por los cuales, en su sentir,

3. Pese a disentir del contenido y la orden emitida en la sentencia SU-098, no logra identificar la generalización errónea en que incurrió la Corte, al señalar que la indemnización del Régimen General - Ley 50/90, también le era extensiva al Régimen Especial FOMAG de la Ley 91 de 1989, ante la inexistencia en el mismo; sin discernir entre los hechos objeto de estudio (Ente Territorial responsable de la no afiliación y consignación de las cesantías docentes) y en aquellos casos en los cuales el demandado al pago de la indemnización, sea el FOMAG.

4. Pese a disentir del contenido y la orden emitida en la sentencia SU-098, no fundamente su postura en la dinámica que sigue las cesantías al interior del Sistema Especial – FOMAG, esto es, las fuentes de financiación su forma y tiempos de giro al Fondo, y la Entidad que realiza dicha actividad

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

- **Sentencia Rad: 08001233300020140013201. – Exp. 1689-2018. – Consejo de Estado**

Mediante esta providencia, fechada 12 de noviembre de 2020, se resolvió recurso de apelación contra sentencia del Tribunal. Los datos relevantes dentro del presente caso, son los siguientes:

Demandate:	Docente en **propiedad – Régimen anualizado**
Demandado:	**Entes Territoriales** – Municipio. Sabanalarga – Depto. Atlántico - FOMAG
Fecha Afiliación FOMAG	**18 de agosto de 2005**
Motivos de la demanda	Falta de consignación de las cesantías al Fondo, años 2000 a 2003
Primera Instancia: Tribunal Administrativo Atlántico	**CONCEDE PARCIALMENTE: Condenó a la Nación – MEN - FOMAG y al Municipio de Sabana-larga** al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 344 de 1996, **por la no consignación oportuna de las cesantías correspondientes a los años 2001 y 2002.** Respecto de la **sanción por mora de las cesantías del año 2003, señaló que toda vez que las mismas fueron canceladas el 05 de octubre de 2006**, y la acusación de la sanción por mora por esta anualidad finalizó en dicha fecha, **la misma se encuentra prescrita**.

Esta sentencia se halla revestida de tres características, que se estudian en su orden:

1. Pese a que revoca parcialmente la sentencia primera de primera instancia, y halla prescrita también las cesantías del año 2003, se adhiere a la errónea generalización de la Corte Constitucional – SU-098 de 2018, esto es: "*el derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990*"

2. No discierne entre los hechos objeto de estudio (Ente Territorial responsable de la no consignación de cesantías docentes), y en aquellos casos en los cuales la consignación extemporánea a de las cesantías se le imputa al FOMAG

3. No se realiza estudio alguno sobre la dinámica que sigue las cesantías al interior del Sistema Especial – FOMAG, esto es, las fuentes de financiación su forma y tiempos de giro al Fondo, y la Entidad que realiza dicha actividad.

- **SÍNTESIS Y CONCLUSIONES POR LOS CUALES LAS PRETENSIONES DE INDEMNIZACIÓN POR CONSIGNACIÓN EXTEMPORANEA DE CESANTÍAS E INTERESES, NO ESTÁN LLAMADAS A PROSPERAR**

Corolario de lo expuesto, las pretensiones ahora invocadas, no se abren paso, por cuanto:

1. La sentencia de Unificación SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional, por virtud del principio de favorabilidad aplicó la indemnización del art. 99.3 de la Ley 50/90, al caso concreto de un docente, donde el Ente Territorial al que se hallaba adscrito, no lo afilió al FOMAG, no le consignó las cesantías de varias anualidades, posteriormente lo afilia en forma extemporánea a FOMAG, y, finalmente le consignas las cesantías al FOMAG en forma tardía. El extremo demandado fue el Ente Territorial, no el FOMAG.

2. La sentencia de Unificación SU-098 de 2018, no extendió la indemnización del art. 99.3 de la Ley 50/90, al Régimen Especial FOMAG, en el sentido extenso de los términos, como erróneamente podría interpretarse, puesto que, los presupuestos de hecho excepcionales que allí se debatieron, no hallan identidad fáctica con aquellos casos donde se demandada al FOMAG por consignación extemporánea de cesantías. Así lo deja claro la Corte en Sentencia de Unificación SU-573 de 2019.

3. La Corte Constitucional en su jurisprudencia, solo ha abordado el supuesto de hecho, derivado de la (falta de afiliación, no consignación de cesantías, afiliación tardía, y consignación extemporánea de cesantías a FOMAG), generada por el Ente Territorial; pero no se ha pronunciado frente al supuesto de hecho donde se le imputa la presunta consignación extemporánea de las cesantías al FOMAG. No existe postura jurisprudencial al respecto.

4. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha procedido, por virtud del principio de favorabilidad, aplicar la indemnización del art. 99.3 de la Ley 50/90, a docentes regidos por la Ley 91/89, guiados por la SU-098 de 2018, pero respecto de casos

5. generados por el Ente Territorial (omisión de consignación de cesantías antes de la afiliación del docente al FOMAG).

6. Ni la Corte Constitucional, ni el Consejo de Estado, ha diferenciado las dos situaciones de hecho que se pueden presentar respecto de las cesantías docentes, cobijados por la Ley 91/89.

- **Generada por el Ente Territorial**, debido a falta de afiliación, no consignación de cesantías, afiliación extemporánea, y consignación extemporánea de cesantías en FOMAG. **En este caso excepcional.**
- **Presuntamente generado por el FOMAG**, cuando se le imputa la consignación extemporánea de cesantías.

7. La anterior diferenciación de presupuestos fácticos se hace necesaria, y prioritaria, debido, a que en el primer caso, se ha aplicado, vía favorabilidad, la indemnización del art. 99.3 de la Ley 50/90, en razón a que, **en forma excepcionalísima, se ha configurado "consignación extemporánea de cesantías"** por el Ente territorial.

En el segundo caso, jamás se puede causar la indemnización del art. 99.3 de la Ley 50/90, puesto que, la consignación extemporánea nunca se configura, debido a la inexistente actividad de "consignar cesantías antes del 15 de febrero", por motivos del pre-giro que de los recursos con que se financian las prestaciones docentes, que realiza el Min Hacienda, al FOMAG.

8. Interpretar en forma generalizada, que la sentencia SU-098 de 2018, extendió, vía principio de favorabilidad, el **beneficio de la indemnización prevista en la Núm. 3. Art. 99 ley 50 del 1990**, **a favor del cuerpo docente regido por la Ley 91 de 1989**, ante la inexistencia en este Régimen de norma expresa que penalice la "consignación extemporánea de las cesantías"; **redunda en erróneo,** porque nos conllevaría a caer en absurdas conclusiones, como que, al interior del **Sistema Especial FOMAG**, existe la obligación y concurre la actividad operativa de ***"consignar las cesantías al Fondo antes del 15 de febrero",*** de suerte tal, que su inobservancia abre paso a la ***"indemnización por consignación extemporánea".*** Ello sólo puede ocurrir en forma excepcional, cuando (antes de la afiliación al FOMAG) el Ente territorial no consigno algún(os) periodo(s) de cesantías, y concurre a consignarlos a FOMAG, en forma tardía.

9. En el presente caso, el docente fue afiliado oportunamente al FOMAG, y el periodo de cesantías (2020), respecto del cual pretensiona las indemnizaciones aludidas, se causó en vigencia de su calidad de afiliado al Fondo.

10. Respecto a los docentes que fueron oportunamente afiliados al FOMAG, y que pretensionan indemnizaciones por consignación extemporánea de cesantías e intereses, causados con posterioridad a su afiliación, **no se configura la actividad de *"consignación de las cesantías antes del 15 de febrero".*** Ni el Ente Territorial (Empleador), ni la Fiduciaria (Administradora del FOMAG), realiza consignación por concepto de prestaciones sociales, al Fondo

11. La actividad descrita en el numeral anterior, **no se configura dentro del Régimen Especial FOMAG, debido a que la totalidad de los recursos destinados a los Entes Territoriales, una vez emanan de La Nación (en virtud al Régimen General de Participaciones), no son consignados a la cuenta bancaria que dicho Ente tiene registrada en la Dirección General del Tesoro Nacional, sino que, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público descuenta los rubros pertenecientes a las prestaciones sociales docentes, tal como lo regula la Ley 715 de 2001 y el Decreto 3752 de 2003, y los gira directamente al FOMAG**. Por ende, mucho antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente a la causación de las cesantías, los recursos ya han sido **pre-girados al Fondo, y reposan en este, hallándose disponibles para el pago** de cesantías parciales, definitivas, e intereses.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

12. La actividad que realiza los Entes Territoriales, en su calidad de Empleadores y/o Nominadores de los docentes, es la **"liquidación de las cesantías"** de cada anualidad causada, es decir, **presupuestan el valor de esta prestación**, pero **sin situación de fondos**, debido a que estos rubros nunca ingresan a sus arcas.

13. Los recursos girados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al FOMAG, son manejados bajo el concepto de **Unidad de Caja**, **sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual,** ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio **son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles**.

14. ***Onus probandi incumbit actori***, pero, dentro del presente caso, el **demandante no ha probado el hecho vertebral sobre el que fundamenta sus pretensiones: *"la presunta consignación extemporánea de sus cesantías e interés"*** de la anualidad 2020, por parte del FOMAG. No existe medio suasorio que se pueda aportar para soportar el presupuesto fáctico, ante la inexistencia de la actividad de "consignación de cesantías".

15. Los intereses a las cesantías en el Régimen Especial FOMAG, se liquidan de forma diferente al Régimen General. Se toma el **saldo de las cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año,** liquidadas anualmente y sin retroactividad, y se le aplica la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Financiera haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

16. El FOMAG**, respecto a los intereses sobre cesantías paga un interés anual sobre saldo de esta prestación, existentes al 31 de diciembre de cada año**, liquidadas anualmente y sin retroactividad, **equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período** (Art 15. Núm. 3 ley 91/98 y Art. 1 Acuerdo 39/1998 FOMAG). **Esta forma de liquidación resulta**

más beneficiosa en comparación al 12% anual o proporcional por fracción, prevista en el Régimen General.

17. El **pago de los intereses** sobre las cesantías, dentro del Régimen FOMAG, no sigue los cauces del **Régimen General**, donde **deben pagarse en el mes de enero del año siguiente a que se causaron** (Núm. 2º. Art. 1 ley 52 de 1975), y, **como no se determinó el día, se acude al criterio racional de cancelarlos con la mensualidad o salario de dicho mes, esto es, a más tardar el día 31 de enero.** Por su parte en el **Régimen Especial,** al amparo del Art. 4 del Acuerdo 39 de 1998, **deben pagarse en el mes de marzo del año siguiente a que se causaron, y, como no se determinó el día, se acude al criterio racional de cancelarlos con la mensualidad o salario de dicho mes, esto es, a más tardar el día 31 de marzo.**

18. Dentro del Régimen FOMAG, el pago de los intereses sobre cesantías, se realiza en la fecha antedicha, **sí, y solo si, el Ente Territorial reportó oportunamente la liquidación de las cesantías, lo cual debió hacer, por tarde, el 05 de febrero de cada anualidad**. De **lo contrario, los pagará en el mes de mayo** a aquellos docentes cuya información le fue **reportada entre el 06 de febrero al 15 de marzo** de cada año. En los casos en que la Oficina Regional reporte la información después del 15 de marzo, la Fiduciaria programa pagos posteriores, de lo cual informará al Consejo Directivo del FOMAG. (Art. 4 Acuerdo 39 de 1998).

19. Por mandato del Par. 2. Art. 4 Acuerdo 39/98, **"En todo caso, la responsabilidad de reportar oportunamente la información requerida para el pago de los intereses a las cesantías, es de la Entidad Territorial."**. Ello significa que, en todos aquellos eventos en los cuales el Ente Territorial reporte la liquidación de las cesantías en forma extemporánea (posterior al 05 de febrero), **no es posible endilgarle responsabilidad al FOMAG, derivada del pago tardío de los intereses**, (posterior al 31 de marzo) pues las eventuales consecuencias y/o reclamaciones por parte del titular del derecho, por mandato legal deben ser asumidas por el Ente Territorial.

20. Las cesantías del accionante fueron consignadas el dentro de los términos legales que prevé el art. 4 del Acuerdo 39 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG, por ende, la pretensión indemnizatoria, está llamada a claudicar, pues la norma Especial tiene prevalencia sobre la del Régimen General que establece el pago de los intereses, en el mes de enero.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Derivado de lo hasta aquí expuesto, me permito oponer las siguientes:

4. EXCEPCIONES PREVIAS

- **INEPTA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES.**

En primer lugar, es necesario precisar que la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda se encuentra contemplada en el numeral 5° del artículo 100 del código general del proceso, la cual se configura siempre que se presenten dos inconsistencias: i) por falta de requisitos formales, y ii) por indebida acumulación de pretensiones.

i) ***por falta de requisitos formales***

En ese orden de ideas tenemos que, la primera de las manifestaciones de ineptitud sustantiva de la demanda tiene la finalidad de advertir que el libelo introductorio no cumple con todas las exigencias de forma, es decir, que no reúne los requisitos relacionados con el contenido y anexos de la demanda previstos en los artículos 162, 163, 166 y 167 del CPACA.

Ahora bien, el artículo 138 del CPACA regula lo concerniente al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de la siguiente manera:

> *"***Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho.** *Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. (…)"*

En virtud de lo anterior, toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo podrá pedir la nulidad del acto administrativo y, consecuentemente, solicitar el restablecimiento del derecho. Por consiguiente, corresponde al afectado demandar aquel acto administrativo que contiene la manifestación de voluntad de la administración que creó, modificó o extinguió la situación jurídica.

En atención a lo que precede, el H. Consejo de Estado ha determinado que las pretensiones que se plantean en la demanda son las que concretan la órbita de decisión del juez, y es el estudio de las mismas el que permite determinar el alcance y los efectos jurídicos que eventualmente se obtendrían con la nulidad del acto administrativo demandado"

Seguidamente, el órgano judicial reseñado precisó que, para el caso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, "**es relevante identificar la actuación que produjo la afectación, es decir, debe demandarse judicialmente aquel acto administrativo que generó la lesión alegada sobre el derecho subjetivo, para que pueda válidamente traducirse en un restablecimiento en favor de la parte demandante**" (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

En vista de lo anterior, el Consejo de Estado concluyó que "las pretensiones que se plantean en la demanda delimitan el ejercicio de la capacidad decisoria del juez y, por supuesto, debe

guardar congruencia la nulidad del acto con el restablecimiento del derecho pretendido. De lo contrario, se torna dificultosa la labor de adoptar una decisión de fondo".

Ahora bien, para el caso en concreto se refleja que, la parte demandante en su escrito genitor, no se preocupó por demandar todos los actos administrativos, máxime que dentro del expediente notificado a esta entidad se tiene que el fomag emitió respuesta de fondo a la reclamación administrativa, acto administrativo que a la fecha no ha perdido su legalidad.

De acuerdo con lo anterior, tenemos entonces que lo procedente no era demandar solamente _nulidad **ACTO ADMINISTRATIVO** no que también se debió demandar el oficio emitido por el Fomag, situación que echa de menos el escrito de demanda.

- **CADUCIDAD**

De acuerdo a esta excepción, es notable de acuerdo al No. 3 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo[8] que no existe termino de caducidad en los actos fictos o presuntos y para el caso sub – examine es incierta la afirmación y pretensión del accionante y su apoderado, pues en caso que se hubiese dado contestación de la solicitud del pago de la sanción moratoria se quebrantaría el andar jurídico de ficto o presunto para recrearse un debate jurídico de agotamiento de vía gubernativa y contabilidad de términos de acuerdo al artículo 136 No. 2[9] de cuatro (4) meses para interponer acción de nulidad y restablecimiento del derecho pretendida en la presente.

4. EXCEPCIONES DE MÉRITO

- **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.**

La calidad de "empleador de los docentes", que la ostenta la entidad territorial que tiene la obligación de realizar la actividad operativa de liquidación de las cesantías no de consignación, esta actividad operativa debe examinarse a la luz de las normas sobre la administración del personal docente que inicia desde la Ley 29 de 1989 que realiza la desconcentración administrativa territorial, entregando a las entidades territoriales las funciones de administración del personal docente, dentro de las que se encontrarían su nombramiento, remoción, traslado, y control, posteriormente en el mismo sentido se emite la Ley 60 de 1993 derogada y reemplazada por la Ley 715 de 2001, el Decreto 1075 de 2015 modificado por el Decreto 1272 de 2018 y el Decreto 3752 de 2003 que fijan el papel de nominador y administrador de los docentes en todas las entidades territoriales siendo estas las que ostentan la calidad de empleador.

Aunado a lo anterior y como último antecedente normativo que le otorga a las entidades territoriales la obligación operativa de liquidar las cesantías se encuentra el art. 57 de la Ley 1955 de 2019 que indica: "Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (…)" Cabe destacar que la calidad de empleador no se comparte de ninguna forma con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, que como se citó en párrafos precedentes es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria, y está a cargo del pago de las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

---

[8] *"**ARTÍCULO 136.** Caducidad de las acciones. 3. La acción sobre los actos presuntos que resuelvan un recurso podrá interponerse en cualquier tiempo."*

[9] *"**ARTÍCULO 136.** Modificado por el art. 23, Decreto Nacional 2304 de 1989 , Modificado por el art. 44, Ley 446 de 1998 Caducidad de las acciones. 2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe."*

- **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LAS ENTIDADES QUE REPRESENTO, PARA ASUMIR PAGOS DE CESANTÍAS E INTERES DE CESANTIAS CUANDO LAS MISMAS SON REPORTADAS POR LA ENTIDAD TERRITORIAL EXTEMPORAMENTE.**

Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. **La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el 05 DE FEBRERO DE 2021. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.**

2. **La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador** (..)" (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Con base en lo anterior, manifiesto a su Honorable Despacho, que la parte accionante comete un yerro al determinar que es a LA NACION – MEN - FOMAG, exclusivamente del pago de las prestaciones sociales del personal docente; ya que, como se reitera, y en atención al Acuerdo No. 39 de 1998, la legitimada para asumir eventuales pago de prestaciones sociales es el respectivo ENTE TERRITORIAL cuando el reporte de la liquidación del valor de las cesantías se realiza después de 05 de febrero de cada anualidad.

- **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN.**

Lo que persigue el demandante como reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990 artículo 99, es completamente improcedente debido no solo a que no es posible la generación de esta mora, debido al descuento mensual de los recursos de las entidades territoriales con destino al FOMAG y que corresponden al valor de las prestaciones de los docentes incluidas las cesantías sin que exista "consignación" por parte del empleador "entidad territorial", por el contrario la obligación de los empleadores en este sentido es realizar la actividad operativa de "**liquidación del valor de las cesantías**" que ya se encuentran en las reservas del FOMAG.

Finalmente, y atendiendo a que es inaplicable el principio de favorabilidad como se expuso en precedencia respecto a la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 en tratándose de un régimen especial, lo pretendido en este medio de control deviene en improcedente.

El demandante**,** se encuentra afiliado al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

Así las cosas, y al encontrarse el docente**,** afiliado al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que **NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990,** pues como se esbozó en precedencia, **este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.** Aunado a lo anterior, **no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo**.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

- **INEXISTENCIA DEL DEBER DE LA NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FOMAG, DE PAGAR INDEMNIZACIÓN MORATORIA POR LA PRESUNTA CANCELACIÓN TARDÍA DE LOS INTERESES DE LAS CESANTIAS DOCENTES**

El Régimen General, Núm. 1º del Art, 1º de la Ley 52 de 1975, en concordancia con el Núm. 2º Art. 99 Ley 50/90, señaló la forma de liquidación de los intereses sobre cesantías, los cuales son equivalentes al 12% anual sobre los saldos que, en 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.

A su vez, el Núm. 3º del Art, 1º de la ley 52 de 1975, dejó prevista la indemnización moratoria derivada de cancelación tardía de dichos intereses, los cuales, por previsión expresa del numeral 2º de este mismo canon, deben ser pagados al trabajador, en el mes de enero del año siguiente a su causación. En razón a que nada se dijo sobre el día exacto de pago, se sobrentiende que debe concurrir, a más tardar, el último día del citado mes de enero, junto al salario.

El demandante considera que dicha norma es aplicable a los docentes aparados por el Régimen Especial FOMAG, la pretensiosa en la demanda.

Sin embargo, ha de tenerse presente que, la liquidación de los intereses al interior Régimen FOMAG, no consulta las normas del Régimen General, pues como de explica en los fundamentos legales y jurisprudenciales de la contestación, es aplicable la ley 91 de 1989 en concordancia con el Acuerdo 39 de 1998, cuyas normas liquidan este concepto, tomando la totalidad del valor de las cesantías acumulada, y le aplican la DTF comercial promedio certificada por la SuperFinanciera. Así lo explica el Consejo de Estado Exp. 4854-2014 en sentencia del 24 de enero de 2019:

> *"Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:*
>
> *Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así: "*

TRABAJADOR BENEFICIARIO DE LEY 50/1990	**DOCENTE COBIJADO POR LA LEY 91/89**
Salario: $1.200.000 Saldo total de cesantías: $12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: $1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): **$400.000**	Salario: $1.200.000 Saldo total de cesantías: $12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: $1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): **$840.840**

> *Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa*

manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el Magisterio, Gobierno y Congreso en el Proyecto de Ley No 159 de 1989.

En el anterior orden de ideas, amparo del canon 3º y 4º del Acuerdo 39 de 1989, los intereses a las cesantías docentes deben ser pagados al trabajador, en el mes de marzo del año siguiente a su causación. En razón a que nada se dijo sobre el día exacto de pago, se sobrentiende que debe concurrir, a más tardar, el último día del citado mes de marzo, junto al salario.

Acreditada y fundamentada en debida forma la presente excepción, solicito al Juez de instancia su declaratoria, con las consecuencias benéficas para las Entidades que represento, liberándolas de las pretensiones incoadas.

- **IMPOSIBILIDAD FÁCTICA DE EQUIPARAR LA ACTIVIDAD OPERATIVA "LIQUIDACIÓN DE LA CESANTIA", REALIZADA POR EL ENTE TERRITORIAL, CON LA DE "CONSIGNACION DE LA CESANTÍA", PARA EXTENDER LAS PREVISIONES INDEMNIZATORIASDE LA LEY 50 DE 1990¸**

Ha sido explicado ya con la rigurosidad necesaria, que dentro del Sistema Especial FOMAG, una de las participaciones en el trámite de las cesantías, la cumple el Empleador del docente, (**Ente Territorial)** ***"liquidando las cesantías (pues Min-Hacienda ya ha pre-girado los recursos al Fondo)",*** así como la respetiva remisión del Informe a la Fiduciaria, en los términos y oportunidades previstas en el Acuerdo 38 de 1998 (art. 2 y 3º). Los Administradores de Justicia desconocen la realización de estas actividades, en los precisos términos expuestos, y consideran en forma errónea y generalizada, que dentro del Régimen Especial acontece una actividad idéntica o similar a la prevista en el Régimen General (Ley 50/90). Es decir, -no se sabemos dónde, ni cómo-, deducen que las cesantías docentes son consignadas al FOMAG, bien sea por el Ente Territorial, o por la Fiduciaria. Ello es lo que logra abstraerse de las providencias, porque en forma clara y precisa no es mencionado en ellas. Lo cierto que fulminan condena, por la supuesta *"consignación extemporánea"*.

Iura novit curia, en tanto que hace parte de las presunciones *Iuris Tantum,* exige una responsabilidad de dimensiones mayúsculas para el Administrador del Justicia del Estado Democrático de Derecho, y le endilga el deber – por virtud del principio a la necesidad de la prueba-, de emitir decisión judicial, soportada en las normas de derecho sustancial y adjetivas que regulan la causa, con respaldo en los medios de convicción valorados racionalmente en su conjunto.

Sin embargo son varios los casos donde se ha condenado a **LA NACIÓN – MEN - FOMAG,** al pago de la *"indemnización por consignación extemporánea de cesantías*" (Ley 50/90), configurando la errónea aplicación de normas jurídicas, así como errores de hecho por falso juicio de existencia derivado de suposición probatoria, o de identidad, por tergiversación del medio suasorio.

La actividad de "liquidación de las cesantías" no comporta su consignación. Son actos ampliamente diferentes, con un ingrediente adicional: **La liquidación exige su previo giro al Fondo.** Es decir, se constituye en *"conditio sine qua non"* para la liquidación de la prestación, **su previo descuento de los recursos que ingresarían al Ente territorial, y su pre- giro al Fondo.** La liquidación de la prestación no es equivalente a su consignación, y, por ende, no es posible al interior del Sistema FOMAG, extender las consecuencias indemnizatorias del Régimen General (Ley 50/90). Se desconoce la forma en que el operador judicial ha hallado respaldo probatorio, en los casos que ha condenado al pago de penalidad por consignación extemporánea, dentro de este régimen.

Acreditada y fundamentada en debida forma la presente excepción, solicito al Juez de instancia su declaratoria, con las consecuencias benéficas para las Entidades que represento, liberándolas de las pretensiones incoadas

- **RÉGIMEN ESPECIAL DOCENTE, NO RESULTA PER SE VIOLATORIO DEL DERECHO A LA IGUALDAD, la cual sustento de la siguiente manera:**

La existencia de Regímenes Especiales, no configura *per sé* la vulneración del derecho a la igualdad, ni implica tratamientos discriminatorios o mengua en los derechos de sus beneficiarios. La Corte se pronunció ampliamente sobre este asunto,

en control abstracto al conocer una demanda de inconstitucionalidad en contra del literal b) del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989[10], por considerar que la misma vulneraba los derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad. En dicha oportunidad, sentenció: "***la existencia de un régimen propio o especial para unos determinados trabajadores (acá se refiere al cuerpo docente del Magisterio) no resulta per se violatorio del principio de igualdad,*** *lo cual no obsta para que se puedan plantear cargos de igualdad cuando quiera que un ciudadano considere que algún aspecto del régimen especial de los docentes, sea en temas prestaciones o de seguridad social propiamente dicha, resulte violatorio del derecho a la igualdad".*

A su vez en sentencia SU-098 de 2018, en aras de justificar la errónea generalización de aplicar la indemnización moratoria (Ley 50/90) a los docentes del Régimen Especial FOMAG, (Ley 91 de 1989), sostuvo: "*Por tanto, no es que en ese fallo* (aquí se refiere a la sentencia C-928 de 2006) *la Corte hubiese prohibido que se efectúen remisiones al régimen general cuando una persona se encuentre amparada por un régimen especial, sino que tan solo se limitó a decir que la existencia de regímenes especiales no puede considerarse discriminatorio per se sin analizar previamente las particularidades de cada caso en concreto".*

Ello lo mencionó, al considerar que, de no extenderse la indemnización por consignación extemporánea (Ley 50 de 1990) al Régimen docente (Ley 91/89), estos se verían privados de dicha prerrogativa, en los eventos en que le fueren consignadas sus cesantías en forma posterior al 15 de febrero de la anualidad siguiente a su causación, o peor aún, nunca se las consignaran.

Con todo, dicho análisis se deriva exclusivamente del desconocimiento de la normatividad que rige el trámite de las cesantías al interior de FOMAG, donde, como se ha reiterado con intensidad, jamás se configura la aludida "consignación extemporánea", debido al no acontecimiento de la *"consignación de las cesantías antes del 15 de febrero."*

Lo anterior significa que, en el Régimen Especial FOMAG, **no es que no exista una penalidad** por la consignación extemporánea de las cesantías, y se le deba hacer extensivas las previsiones del Régimen General (Ley 50/90), en aras de salvaguardar

derecho superiores de sus beneficiarios. Lo que verdaderamente ocurre es que **no existe la aludida penalidad, debido a que no existe la actividad operativa de "consignación de cesantías", en razón al pre-giro por parte de Min Hacienda**, motivo por el cual, la consignación extemporánea, jamás se va a configurar al interior de este sistema.

Dable es concluir, que el Régimen Especial (donde no existe consignación, ni se configura consignación extemporánea, ni se abre paso indemnización por consignación extemporánea), no resulta ser violatorio *per se* del derecho a la igualdad de trato, ni efectuá discriminaciones a sus beneficiarios, respecto a sus homólogos del Régimen General, precisamente en virtud a un hecho lógico: En el Régimen General existe la actividad y obligación de "consignar las cesantías antes del 15 de febrero". En el Régimen Especial, no existe dicha actividad.

Acreditada y fundamentada en debida forma la presente excepción, solicito al Juez de instancia su declaratoria, con las consecuencias benéficas para las Entidades que represento, liberándolas de las pretensiones incoadas

- **IMPOSIBILIDAD OPERATIVA DE QUE SE CONFIGURE SANCIÓN MORATORIA POR CONSIGNACIÓN TARDÍA**

La actividad operativa de ***"consignación de las cesantías antes del 15 de febrero en un Fondo"***, al interior de los regímenes que regulan esta prestación, constituye ***conditio sine qua non*** para que un caso concreto, se abra paso la ***"indemnización por consignación extemporánea".*** Es decir, la inobservancia del primer acto, conduce en forma consecuencial a la configuración de la penalidad referida. Con razón el Régimen General contendido en la Ley 50 de 1990, lo hay establecido en el canon 3º de su artículo 99, en ese orden.

[10] Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Al detallar y desglosar la citada norma, en busca de su sentido a partir de la literalidad de esta (*método de interpretación gramatical o exégeta*), y en búsqueda de los fines o propósitos del Legislador (*interpretación teleológica*), se logra arribar a las siguientes consideraciones: ***i).*** **Gramaticalmente**, la norma no ofrece resistencia, pues se limita a plasmar un mandato en cabeza del empleador: el de consignar la prestación liquidada, antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de soportar condena indemnizatoria allí descrita. ***ii).*** **Teleológicamente**, la consignación oportuna es la manera de garantizar el acceso a la prestación, en aquellos eventos en que su titular requiera disponer de dichos recursos. Luego, la inobservancia de este mandato, sanciona la desidia y procura evitar una lesión mayúscula a los intereses de su titular, la cual se generaría si la premura de las circunstancias exige su retiro parcial o definitivo, y los recursos no se hallan siquiera consignados en el Fondo.

Al interior del Sistema Especial – FOMAG, tal como se ha explicado en los fundamentos de derecho, el **Empleador (Ente Territorial**) no realiza la consignación de las sumas monetarias por conceptos de cesantías de sus docentes trabajadores, al Patrimonio Autónomo – FOMAG.

Así las cosas, es importante poner de presente al honorable despacho el trámite interno y las razones por la cuales existe imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía:

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

Una vez surtido el trámite a cargo de **las entidades territoriales en cuanto a la liquidación del valor de las cesantías, antes del 05 de marzo de la vigencia siguiente a la actividad operativa**, el FOMAG realiza los respectivos pago en cuanto a los intereses de cesantías, en atención a que **las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET**) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG, siendo esta razón suficiente para la improcedencia del reconocimiento y pago la sanción moratoria por la no consignación oportuno de las cesantías , ya que, **existe una imposibilidad operativa de que exista sanción moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.**

Dentro de este marco ha de considerarse que, **no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.**

Esta dinámica acontece al interior de FOMAG, debido a su Régimen Especial, misma que es desconocida por los Administradores de Justicia, desde Juez hasta Magistrado de Corte, y, debido ello, ninguna de sus providencias se halla fundamentada, ni hace referencia siquiera sucinta a los procedimientos que la Ley 91 de 1989, el Decreto 196 de 1995, la Ley 715 de 2001, la Ley 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003, y el Acuerdo 39 de 1998 del Consejo Directivo de FOMAG, tienen previsto para regular **las fuentes de financiación de las**

prestaciones sociales docentes, su forma y tiempos de giro al Fondo, ya la Entidad que realiza dicha actividad.

Dilucidado el asunto, en tanto y por cuanto que, la *conditio sine qua non* de ***"consignación de las cesantías antes del 15 de febrero en un Fondo"***, es **inexistente** dentro del Régimen Especial FOMAG, **torna también en inexistente** la posibilidad de que, llegado el 15 de febrero los recursos por concepto de cesantías docentes no se hallen consignados en el Fondo, y como consecuencia lógica y racional de ello, **torna inexistente** cualquier forma de penalización derivada de *"consignación extemporánea"*.

Son silogismo apenas concatenados y consecuenciales entre sí: ***"La inexistente actividad de "consignar las cesantías antes del 15 de febrero"*, convierte en inexistente la posibilidad de *"consignación extemporánea"* de la prestación; por ello, desparece la "*conditio sine qua non*", la cual, a su vez, borra o desdibuja la "*indemnización por consignación extemporánea*"**

Acreditada y fundamentada en debida forma la presente excepción, solicito al Juez de instancia su declaratoria, con las consecuencias benéficas para las Entidades que represento, liberándolas de las pretensiones incoadas

Con todo lo anterior queda demostrada la improcedencia de la pretensión elevada por el accionante, de tal suerte que la misma no se encuentra llamada a prosperar conforme la motivación referida a lo largo de la excepción propuesta.

- **PROCEDENCIA DEL APARTAMIENTO ADMINISTRATIVO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO**, la cual sustento de la siguiente manera:

Según la doctrina especializada, *"el planteamiento absolutista de la sujeción de la Administración a la Jurisprudencia, iniciado con la sentencia T-116 de 2004, y luego profundizado por las sentencias C-539 de 2011 y C-634 de 2011, fue reconsiderado por la Corte Constitucional en la sentencia C-816 de 2011"*[11] En efecto, esta última providencia reconoce la fuerza vinculante de las decisiones jurisprudenciales de los órganos de cierre de las jurisdicciones, para las Autoridades Administrativas; sin embargo, admite que dicho sometimiento no es absoluto. Dicha posibilidad, en virtud de la separación de poderes y el principio de legalidad, se trata de una vinculación *prima facie* que deja latente la posibilidad

de apartamiento administrativo, sujeto a una importante carga de refutación o contra-argumentación[12].

El canon 102 de la Ley 1437 de 2011, tiene previsto lo que la Corte denomina *"apartamiento administrativo de la decisión judicial precedente"*[13], esto es, la decisión negativa de la administración frente a una solicitud de extensión jurisprudencia. Adicional a la carga argumentativa expresa y razonada, *debe fundarse en alguna de las causales que prescribe el artículo 102 a saber: (i). la necesidad de un periodo probatorio para refutar la pretensión del demandante. (ii). La falta de identidad entre la situación jurídica del solicitante y la resulta en la sentencia invocada. (iii). La discrepancia interpretativa con el Consejo de Estado, respecto de las normas aplicables."*[14]

Entonces, al existir esta posibilidad, y al amparo del principio general del derecho según el cual: "*quien pude lo más, pude lo menos",* resulta plenamente posible que la Entidad Administrativa se aparte de las previsiones jurisprudenciales argumentadas en las reclamaciones jurisprudenciales, e incluso edifique excepciones en vía judicial, bajo dicha figura, pues si le es posible oponerse razonadamente a la extensión de los efectos de una sentencia de unificación, tanto más le será posible hacer prevalecer medios exceptivos de contundencia suasoria.

Es claro en el escrito integral de la presente contestación, **la oposición de la Entidades que represento, a las pretensiones explanadas en el líbelo genitor.** Dicho disenso no se torna en superfluo o etéreo. Contrario a ello, se estructura y fundamenta a partir de una carga argumentativa bastante sólida, con prevalencia de la explicación motivada de las normas de derecho sustancial y adjetivo que regulan el funcionamiento del Sistema Especial FOMAG, e indican las dinámicas

[11] Santaella Quintero, Héctor. "La sujeción de la Administración a los precedentes jurisprudenciales", pp. 141-178, en: Benavides, José Luis (compilador), *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudenciales y administrativo*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, serie Temas de Derecho Administrativo, Nº 1, 2014.
[12] *Ibídem*, pp. 159-160
[13] Sala Plena, Sentencia C-588 del 25 de julio de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.
[14] Idem.

propias comprendidas desde la **las fuentes de financiación de las cesantías docentes, su forma y tiempos de giro al Fondo, y la Entidad que realiza dicha actividad.**

Entonces, el apartamiento efectuado, no se cimienta en simples o escuetas interpretaciones diferentes a las ya efectuadas por Operados Judiciales, que puedan –de golpe- redundar en meras conjeturas subjetivas. Se trata verdaderamente de un ejercicio razonado de aplicación adecuada del derecho, a la resolución de un caso, el cual, ha sido, por años, mal entendido, incorrectamente resuelto; todo en detrimento de la confianza legítima en la administración de justicia, y vulnerando derechos de este extremo accionado.

De fondo, ocurre que los Administradores de Justicia, en forma generalizada, están sentenciado que la indemnización del Régimen General - Ley 50/90, también le es extensiva al Régimen Especial FOMAG de la Ley 91 de 1989, (su-098 de 2018) sin discernir y discriminar entre dos situaciones de hecho y derecho diametralmente opuestas. Por un lado, respecto a las situaciones generadas por el Ente Territorial: no afiliación oportunamente del docente a FOMAG, No consignación de sus cesantías en los periodos anteriores a la afiliación a FOMAG, Afiliación extemporánea a FOMAG, consignación extemporánea de las cesantías al Fondo, al no haberlo hecho en los periodos en que se hallaba obligado, antes de la afiliación a FOMAG.

Por el otro, respecto de la situación fáctica **cuando el sujeto pasivo de la relación procesal es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO,** en aquellos **casos en que los docentes le imputan la consignación extemporánea de sus cesantías.**

En este segundo caso, se evidencia el total y absoluto desconocimiento por parte de los Administradores de Justicia, de las normas que regulan el Régimen especial FOMAG (Ley 91 de 1989, el Decreto 196 de 1995, la Ley 715 de 2001, la Ley 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003, y el Acuerdo 39 de 1998 del Consejo Directivo de FOMAG).

Si tuvieren conocimiento de ello, con total certeza evidenciarían que al dentro de FOMAG, no se efectúa consignación de cesantías con corte a 15 de febrero, no se configura consignación extemporánea de estas, y jamás se estructura la indemnización de la Ley 50/90. Toda la problemática se solventa, estudiante el cuerpo normativo que regula **las fuentes de financiación de las prestaciones sociales docentes, su forma y tiempos de giro al Fondo, ya la Entidad que realiza dicha actividad.**

Debido a esto motivos, que son desarrollando en forma contundente en el acápite de fundamentos legales, efectuamos el presente apartamiento administrativo.

Acreditada y fundamentada en debida forma la presente excepción, solicito al Juez de instancia su declaratoria, con las consecuencias benéficas para las Entidades que represento, liberándolas de las pretensiones incoadas.

- **TÉCNICA DE DISTINCIÓN (DISTINGUISHING) COMO RAZÓN PARA NO APLICAR UNA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL, O CON EFECTO INTER PARES,** la cual sustento de la siguiente manera:

La práctica de **distinción** (*distinguishing*) es exótica en los sistemas de derecho continental, puesto que se aplica solo en un sistema en el que exista la obligación de seguir el

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

precedente.[15] Esta operación, cada vez más frecuente en el sistema jurídico colombiano, *"reitera la importancia de* ***identidad fáctica y jurídica*** *en el razonamiento con Precedentes.*[16]

No se trata entonces de menguar la función interpretativa, integradora y unificadora de la jurisprudencia, sino de identificar racionalmente la inexistente configuración de los mismos presupuestos fácticos y jurídicos contendidos tanto en la sentencia que pretendía aplicarse, como frente al caso que se va a resolver. Lo que ocurre es que, al acudir a dicho mecanismo

> *"el precedente del que se apartan mantiene su vigencia, puesto que lo que se hace en estricto sentido es no aplicarlo en un caso particular, concreto y determinado, debido a que no guarda similitud fáctica o jurídica con el caso que se estudia."*[17] No son pocos los casos de aplicación de esta técnica en nuestro ordenamiento patrio.[18]

En el caso que ahora nos convoca, se ha solicitado dar aplicación a la Sentencia de Unificación SU-098 de 2018, y, de hecho, ha sido aplicado por los Administradores de Justicia, **bajo el erróneo y ciego pretexto**, que dicha providencia extendió a los docentes del Magisterio, las consecuencias indemnizatorias por consignación extemporánea de las cesantías (Ley 50/90). Sin embargo, téngase presente que en virtud de la "***aplicación de la técnica de distinción"*** el Operador Judicial debe efectuar una valoración respecto de la **identidad fáctico-jurídica** contenido en dicha providencia, y confrontarla con la realidad exteriorizada en el caso concreto que se halla resolviendo.

Desde sentencia **SU-573 de 2019**, la misma Corte Constitucional en sede de Unificación Jurisprudencial, realizó una valoración entre el contenido de la citada SU-098 de 2018, y los presupuestos de hecho y derecho fundante de la SU-573 de 2019. Se concluyó que los presupuestos de la primera, *(Entidad Territorial no afilió el docente a FOMAG, y no le cancelo cesantías de varias anualidades)*, eran ampliamente distintos a los de la segunda (*presunta consignación extemporánea de cesantías), al FOMAG*), y que, además, el derecho reconocido al accionante en SU-098 de 2018, se debió a la "**no afiliación oportuna del docentes al FOMAG, por parte del Ente territorial",** seguido de "**la afiliación tardía al FOMAG"**, y, finalmente, "**la consignación al FOMAG, de las cesantías no había**

reconocido en las anualidades alegadas." Adicionalmente, se tuvo presente que **el extremo condenado en esa ocasión, fue el Ente Territorial, pues FOMAG, no fue vinculado como parte pasiva**. Los detalles más explícitos del caso se hallan contenidos en el acápite de fundamentos jurídicos y jurisprudenciales.

Misma situación de **inexistencia de identidad fáctica y jurídica** ocurre respecto de la **Sentencia Rad: 76001233100020090086701 – Exp. 4854-2014 – Consejo de Estado,** providencia a través de la cual se dio cumplimiento a la Sentencia SU-098 de 2018.

Fuerza entonces concluir que, el Operador de instancia, al efectuar esta actividad del razonamiento (*técnica de distinción*) dentro del caso *sub examine*, evidenciará que los presupuestos de hecho y derecho que le imputa el demandante a las Entidades demandadas, distan diametralmente, de los acaecidos en las sentencias mencionadas. Todo ello aunado al hecho que, al interior que Sistema Especial FOMAG, no se estructura la "consignación extemporánea", y por ende, claudica la solicitud indemnizatoria Ley 50/90.

---

[15] Troper, Michel y Grzegorczyk, Christhope. *"Precedent in France",* pp. 103 – 140, en: MacCormick, D. Neil e*t all.* Interpreting Precedents, Darmouuth Publishing Company, 1997.

[16] Deik Acostamadiedo, Carolina. "El precedente Contencioso Administrativo"*: Teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado*. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, serie intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho , Nº 19, 2018.

[17] Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 11de mayo de 2016, Exp: 11001031500020160038000 M.P: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

[18] Por memorar algunos, tenemos: i). Sentencia del 17 de marzo de 2016, de la Sección Segunda, Subsección A del C. Estado. Rad: 2015-02741. M.P. William Hernández Gómez. ii). Sentencia del 02 de julio de 2015, de la Sección Primera del C. Estado. Rad: 2013-04281-01. M.P. Marco Antonio Velilla. iii). Sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2015, de la Sección Quinta del C. Estado. Rad: 2015-01515-01. M.P. Carlos Enrique Moreno.

Acreditada y fundamentada en debida forma la presente excepción, solicito al Juez de instancia su declaratoria, con las consecuencias benéficas para las Entidades que represento, liberándolas de las pretensiones incoadas.

- **NO PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS**

No se abre paso la condena en costas, al ampro de la sentencia proferida por la Sección Segunda del 18 de julio de 2018[19], donde expuso

> ***" a)*** *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a un "objetivo valorativo" – CPACA-*
>
> ***b)*** *Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas; es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
>
> ***c)*** *Sin embargo se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada en el proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*

Es sobre los anteriores criterios que el juez de instancia debe estructurar o no la condena en costas. Por su parte, el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., a su vez, señala que ***"Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto".*** **Sin embargo, la aplicación de este precepto legal, debe armonizarse con el numeral 8º, el cual señala que "*Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".***

Es decir, cuando no aparecen causadas las costas, como el caso de marras, no procederá la condena en este sentido. Con razón el Consejo de Estado[20], ha sentenciado:

> *"En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala, esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación". En esas condiciones, se advierte que, una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas o agencias en derecho a cargo del ente demandado en ninguna de las dos instancias. Por lo tanto, se revoca la condena en costas en primera instancia y no se condena en costas en segunda instancia"*

En otra oportunidad, esta misma Corporación[21] sostuvo:

> *"Debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda[28] de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena,* ***lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General***

[19] Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección A, Sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)
[20] Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta, sentencia del 26 de mayo de2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00016-01 (21559), C.P. Jorge Octavio Ramírez
[21] Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, sentencia del 26 de abril de2018, Radicación: 19001-23-33-000-2014-00452-01(0104-17), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

<u>del Proceso; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas. En el caso, no se observa una mala conducta de las partes o que hayan actuado de mala fe, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada</u>, *razón por la cual se negará la pretensión relacionada con la imposición de costas".*

Analizada la normatividad legal que rige la condena en costas, así como el desarrollo jurisprudencial que orienta y prevé las pautas a seguir por los jueces para fulminar o abstenerse de condenar; se observa dentro del presente *sub lite*, que no se hallan criterios ***<u>objetivos valorativos</u>*** que demuestren su causación.

Lo que si se evidencia es lealtad procesal, y buena fe en cabeza de esta Entidad demandada; tan al punto que, en el curso del proceso, no combate ni pretende combatir el derecho al pago de la sanción moratoria a favor del accionante, sino que se limita a verificar y solicitar que el derecho reconocido al demandante, se ajuste a la realidad y justicia material contenida en la situación fáctica que dieron origen a la presente Litis.

No se evidencian maniobras fraudulentas, dilatorias o de mala fe, por parte de las Entidades que represento; razón por la cual, solicito al Honorable Despacho, absolver de la condena en costas a este extremo demandado.

- **<u>EXCEPCIÓN GENÉRICA.</u>**

En virtud del alcance del principio de búsqueda de la verdad formal en materia de excepciones, frente a los poderes oficiosos del juez es necesario afirmar que lo fundamental no es la relación del hecho que configuran una determinada excepción, sino la prueba de estos, por ende, si el juez encuentra probados los hechos que lo constituyen deberá reconocerla oficiosamente.

Por lo anterior, solicito al señor juez ordenar de oficio la práctica de las pruebas pertinentes, así como declarar oficiosamente, las excepciones que aparezcan probadas de conformidad con el ordenamiento procesal.

5. PRUEBAS

Solicitamos se tengan como pruebas las aportadas en debido tiempo al plenario, las siguientes:

- Oficio del Ministerio de Hacienda por medio del cual se indica el procedimiento presupuestal que se realiza para operativizar el descuento de recursos de las entidades territoriales con el fin de girarlos a las reservas del FOMAG para pago de las cesantías, y en este sentido se entienden prepagadas antes del 15 de febrero de la vigencia siguiente.

- Comunicado 008 del 11 de diciembre de 2020 emitido por la Fiduprevisora dirigido a las entidades territoriales, para la entrega del reporte de liquidación de las cesantías para pago de intereses en la primera nomina año 2021.

- Comunicado 16 del 17 de diciembre de 2019 dirigido a las entidades territoriales, sobre las fechas de entrega del reporte de liquidación de las cesantías para pago de intereses primera nomina año 2020.

- Acuerdo 39 de 1998 emitido por el Consejo Directivo FOMAG para reporte de las secretarías de educación de los intereses moratorios

- Certificado de afiliación

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

- Certificado de extracto de intereses a las cesantías

7. ANEXOS

- Poder conferido a mi favor, junto con la representación Legal.

9. PETICION

Corolario de lo expuesto, y en concordancia con las excepciones planteadas, solicito al Despacho que, previo el trámite correspondiente, se efectúen las siguientes declaraciones y condenas.

1. Declarar probadas las excepciones propuestas, con las consecuencias benéficas a las Entidades que represento.
2. **DESVINCULAR** del proceso a **la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, **FIDUPREVISORA**. teniendo en cuenta la normatividad expuesta a lo largo de la contestación de la demanda.
3. Condenar en costas a la parte demandante.
4. Se me reconozca personería jurídica dentro de la presente actuación**.**

9. NOTIFICACIONES

La entidad demandada recibe notificaciones en la Fiduciaria la Previsora S.A., ubicada en la Calle 72 No. 10-03 Bogotá, y al correo electrónico notjudicial@fiduprevisora.com.co
y procesojudicialesfomag@fiduprevisora.com.co.
A la suscrita en el correo t_igentil@fiduprevisora.com.co

Del señor(a) Juez,

ISOLINA GENTIL MANTILLA
Apoderado Sustituto
CC. No. 1091660314 de Ocaña N de S.
T.P. No. 239773 del C.S.J.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA