



**\*20221182733311\***

Al contestar por favor cite:  
Radicado No.: **20221182733311**  
Fecha: **08-11-2022**

Señores

**JUZGADO 006 ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES**

[admin06ma@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:admin06ma@cendoj.ramajudicial.gov.co); [manizaleslopezquintero@gmail.com](mailto:manizaleslopezquintero@gmail.com);

[procjudadm180@procuraduria.gov.co](mailto:procjudadm180@procuraduria.gov.co); [notificacionesjudiciales@caldas.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@caldas.gov.co);

[procesosnacionales@defensajuridica.gov.co](mailto:procesosnacionales@defensajuridica.gov.co)

E. S. D.

<b>RADICADO No.</b>	17001333900620220027000
<b>MEDIO DE CONTROL</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
<b>DEMANDANTE</b>	MARTA YOLANDA RUIZ MURILLO C.C. 24728509
<b>DEMANDADO</b>	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DE CALDAS
<b>ASUNTO</b>	CONTESTACIÓN DE DEMANDA

**ESPERANZA JULIETH VARGAS GARCIA**, mayor y vecina de la ciudad de Bogotá, identificada como aparece al pie de mi firma en calidad de apoderada sustituta de la doctora **AIDEE JOHANNA GALINDO ACERO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.863.417 y tarjeta profesional No. 258.462 del C.S.J. actuando como apoderada general de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG**, tal y como consta en la escritura pública No. 10184 del 10 de noviembre de 2022, de la notaría veintisiete (27) del círculo de Bogotá, D.C., por el Doctor **ALEJANDRO BOTERO VALENCIA**, en su calidad de delegado de la Ministra de Educación Nacional conforme a la Resolución No. 018907 del 26 de septiembre de 2022, para la defensa judicial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo dispuesto en el Artículo 9 de la Ley 489 de 1998 y demás normas concordantes, encontrándome dentro del término legal, procedo a **CONTESTAR LA DEMANDA**, en el mismo orden metodológico planteado por la parte actora:

#### **I. A LAS PRETENSIONES**

Actuando en nombre y representación de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, me opongo

a TODAS Y CADA UNA DE LAS PRETENSIONES SOLICITADAS EN LA DEMANDA, SUS DECLARACIONES Y CONDENAS, por carecer de fundamentos de derecho, debiéndose absolver a mi representada de lo pretendido en esta instancia, y en su lugar imponer condena en costas a la actora.

## DECLARACIONES

**PRIMERA:** Me opongo a que se declare la nulidad del acto ficto derivado de la solicitud de 24 de noviembre de 2021, toda vez que pretender la aplicación de la Ley 50 de 1990 para el régimen especial docente deviene en un desconocimiento del principio de inescindibilidad o conglobamiento de la norma, aunado al hecho que la parte actora pasa por alto lo establecido en el Comunicado No. 008 de 11 de diciembre de 2020 en el que se establece de forma clara la responsabilidad por parte de la Secretaria de Educación como ente nominador de remisión de reportes de cesantías hasta el 5 de febrero de 2021, circunstancia que conforme a la documental aportada como prueba al expediente se cumplió pues nótese que el oficio objeto de ataque indica de forma clara que las cesantías de la demandante fueron reportadas en debida forma y en cumplimiento del procedimiento.

**SEGUNDA:** Me opongo como quiera que la suerte de lo accesorio sigue la suerte de lo principal, aunado a que la normatividad que pretende la parte actora se aplique al *sub examine*, esto es, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 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 que valga decir, se caracteriza por tener condiciones *per se* más beneficiosas que las del régimen general, por lo tanto, al aplicar a un régimen especial que cuenta con mayores beneficios, beneficios adicionales de normas de régimen general desborda no solo su sostenibilidad financiera, si no que genera una inequidad desbordante entre los individuos beneficiarios del régimen especial y el resto de la población.

## CONDENATORIAS

**PRIMERA:** Me opongo, en vista de que la suerte de lo accesorio, sigue la suerte de lo principal y ante la improcedente declaratoria de nulidad, no es dable acceder al reconocimiento y pago de la mentada indemnización moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, pues pasa por alto la parte actora que los destinatarios de la norma que pretende se aplique al *sub lite* no son otros que servidores públicos del orden territorial afiliados a sendos fondos de cesantías que ellos elijan, circunstancia que no es aplicable a los afiliados

al régimen especial docente puesto que conforme a la ley 91 de 1989 y a diferentes precedentes jurisprudenciales, los docentes son empleados públicos del orden nacional que se encuentran afiliados de forma obligatoria al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, circunstancia que implica que el funcionamiento operativo, administrativo y financiero de uno y otro régimen sean completamente distintos.

**SEGUNDA:** Me opongo, en vista de que la suerte de lo accesorio, sigue la suerte de lo principal y ante la improcedente declaratoria de nulidad, no es dable acceder al reconocimiento y pago de la mentada indemnización moratoria por la no consignación oportuna de los intereses a las cesantías, pues la ley 50 de 1990 no trae consigo la causación de indemnización moratoria por la consignación tardía de los intereses a las cesantías sino que se refiere únicamente a la consignación inoportuna de las cesantías, aunado al hecho que la apoderada de la parte actora olvida que la liquidación de los intereses a las cesantías para los beneficiarios del régimen especial docente implica condiciones más benéficas respecto de la contemplada por la norma en cita, circunstancia que vulnera el principio de inescindibilidad o conglobamiento de las normas.

**TERCERA:** Me opongo a que se condene a la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al ajuste de valor, indexación y/o actualización de la condena, pues al no ser procedente el reconocimiento de suma alguna, la misma suerte corre la pretensión de este numeral. No obstante, es menester tener en cuenta al momento de desatar la litis que lo pretendido en este medio de control y en este numeral no es *perse* una prestación social sino una simple penalidad que no reviste un asunto de pleno derecho.

**CUARTA:** Me opongo a que se condene a la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al pago de intereses moratorios como quiera que lo pretendido en este medio de control es un dislate jurídico que carece de sustento legal pues vulnera el principio de conglobamiento de la norma.

**QUINTA:** Me opongo como quiera que lo pretendido en este medio de control carece de sustento factico y jurídico, aunado a que mi mandante no adeuda suma alguna a la parte actora con ocasión a que se ha dado estricto cumplimiento al procedimiento establecido para la liquidación de las cesantías a favor de la docente.

**SEXTA:** Me opongo, de modo que la legislación es clara al afirmar que se tiene el Derecho a la legítima defensa y por ende no se debe condenar en costa si no hay gastos en los que hizo

incurrir la parte vencida de conformidad con lo dispuesto por el artículo 365 Código General del Proceso.

## II. A LOS HECHOS

**PRIMERO:** Se admite como cierto que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se creó conforme con el artículo 3 de la Ley 91 de 1989. Norma en la cual, se estableció que no tendría personería jurídica.

**SEGUNDO:** Se admite como cierto que, conforme con la Ley 91 de 1989 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene a su cargo el pago de las prestaciones sociales de los docentes que se encuentre vinculados al fondo. No obstante es preciso tener en cuenta que los reportes de la liquidación de las cesantías y los intereses a las cesantías son cargo de las Secretarías de Educación como ente nominador.

**TERCERO:** Se admite como cierto teniendo en cuenta que es un supuesto normativo de público conocimiento que siquiera debería estar enlistado en este acápite.

**CUARTO:** No se admite, como quiera que las fechas en las que según la parte actora debieron ser “consignadas” las cesantías y los intereses a las cesantías no corresponden a las preceptuadas en el régimen especial docente, pues olvida la parte demandante que conforme al Comunicado No. 008 de 11 de diciembre de 2020 en el que se estableció que con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, se realizaron precisiones tales como que 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.”, razón por la que no es dable aplicar el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 al no existir presupuestalmente forma de consignar extemporáneamente las cesantías de los docentes oficiales, por encontrarse dichas cesantías garantizadas con los recursos del fondo para la fecha en que la norma describe el límite de consignación (antes del 15 de febrero de la vigencia siguiente). Por sí lo anterior fuese poco, no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la misma vigencia presupuestal se descuenta del presupuesto de las entidades territoriales una doceava parte del situado fiscal para reservar el valor del pasivo prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías.

**QUINTO:** No se admite como cierto, como quiera que lo aludido en este numeral contiene apreciaciones personales y subjetivas que no cuentan con sustento factico y jurídico que dé cuenta de su dicho, aunado a que como se ha mencionado a lo largo de este escrito, lo

pretendido a través de este medio de control viola el principio de inscindibilidad o conglobamiento de la norma.

**SEXO:** Se admite atendiendo a que de la documental aportada como prueba al expediente se acredita la respuesta dada por la Secretaria de Educación a la demandante que negó el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990.

**SÉPTIMO:** No es cierto, como quiera que con el traslado de la demanda no se aportó constancia de agotamiento de requisito de procedibilidad, razón por la que en el *sublite* se suscita la inepta demanda por falta de agotamiento del mismo como se propondrá en el respectivo acápite.

**OCTAVO:** No se admite como se plantea como quiera que la sentencia aludida en este numeral no es una sentencia de unificación sobre este tópico, aunado a que como se demostrará en el proceso no es dable la aplicación del principio de favorabilidad cuando no se reúnen los requisitos desarrollados legal y jurisprudencialmente para su aplicación, conforme se vislumbra en sentencia proferida por el Máximo Órgano de Cierre de lo Contencioso Administrativo el 24 de enero de 2019 con ponencia de la C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez con radicado No. 76001-23-31-000-2009-00867-01.

### III. ARGUMENTOS DE DEFENSA

Teniendo en cuenta que el problema jurídico se circunscribe a 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, 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:

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 registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.” (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.
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:

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

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

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que 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.

### **Trámite para reconocimiento y pago de las cesantías a favor de los docentes.**

Sobre este tópico, es menester indicar que en tratándose del régimen especial docente, el Decreto 2831 de 2005 en su artículo 2 establece:

“Artículo 2°. Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.” (Subrayas fuera de texto).

De lo anterior se desprende que las prestaciones económicas se reconocen a solicitud de la parte interesada, tanto así que el inciso 1° del artículo 5 del Acuerdo 34 de 1998 emitido por el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio estableció la periodicidad respecto a la radicación de solicitudes de pago de cesantías, aunado a que la prestación no opera de pleno derecho sino que existen causales de índole legal para el retiro de las mismas, circunstancia implica que las cesantías no sean consignadas como lo aduce el demandante en el mes de febrero de cada anualidad sino que las mismas son reconocidas mediante acto administrativo emitido por la Secretaria de Educación a la que se encuentre vinculado previa solicitud del interesado.

Por lo expuesto y teniendo en cuenta que la parte demandante no acreditó que solicito ante mi mandante el pago de las cesantías que alega, “no fueron consignadas”, lo cierto es que lo pretendido en este medio de control no se acompasa con el régimen especial docente, aunado a que siquiera se dio a la administración la oportunidad de pronunciarse respecto a la solicitud de las cesantías que evidentemente no fue solicitada.

**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, dejó 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.”

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 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 párrafo 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)

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.

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 .

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.»

Aunado a lo anterior, 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 1ª. 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 legitimidad 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 o conglomeramiento, 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.

#### IV. CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta que la parte actora solicita la aplicación de la sentencia de unificación SU-098 de 2018 expedida por el Máximo Órgano de Cierre de lo constitucional, es menester indicar que no hay identidad fáctica - en el entendido de que el docente fue afiliado al FOMAG como se acreditará con la documental pertinente -, y en virtud de ello es preciso traer a colación la sentencia SU-573 de 2019 en la que se resolvió la solicitud de sendos docentes que pretendían el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria del artículo 99 de la ley 50 de 1990 en los mismos términos de la accionante, providencia en la que sobre este tópico indicó:

“Ahora bien, durante el trámite de la acción de tutela, los accionantes allegaron ante el juez de primera instancia la Sentencia SU-098 de 2018[115], por medio de la cual la Corte Constitucional resolvió sobre el “pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en la fecha indicada en la ley, así como de los intereses y los rendimientos financieros que se causaron con dicho retardo”[116]. A pesar de no haber sido parte del debate procesal en sede de tutela, esta sentencia tampoco constituye un precedente aplicable al asunto sub examine respecto del cual se pueda evidenciar prima facie una amenaza de vulneración a los derechos fundamentales de los tutelantes, por cuanto: (i) la decisión es posterior a las providencias judiciales cuestionadas en sede de tutela y, (ii) no obstante la Corte se pronunció sobre la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías prevista por la Ley 50 de 1990, artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000, la ausencia de identidad fáctica también “impide aplicar el precedente al caso concreto”[117], como pasa a explicarse.

<i>Crterios</i>	<i>Sentencia SU-098 de 2018</i>	<i>Caso sub examine</i>
<b>Vinculación</b>	Docente en <b>provisionalidad</b> .	Docentes inscritos en el escalafón docente de carrera con nombramiento en <b>propiedad</b> .
<b>Vigencia del vínculo laboral</b>	El <b>vínculo del docente terminó</b> , 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, <b>los docentes se encuentran vinculados</b> con el Departamento del Atlántico y su vínculo laboral se ha mantenido vigente sin solución de continuidad <sup>[118]</sup> .
<b>Afiliación al FOMAG</b>	El docente <b>nunca fue afiliado</b> al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) ni a otro fondo, por un error interno.	<u>Los docentes sí fueron afiliados al FOMAG.</u>

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 <b>no reclamaron el pago efectivo de las cesantías de los años 2001, 2002 y 2003</b> . No obstante, sí solicitaron el pago de la sanción moratoria por no consignación de las cesantías por dicho periodo.
Tipo de sanción moratoria reclamada	El docente solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria <b>por la no consignación de las cesantías, los intereses a las cesantías ni los rendimientos</b> .	Los docentes solicitaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria <b>por la no consignación oportuna de las cesantías</b> .

Finalmente, es preciso agregar que la Corte Constitucional expidió la Sentencia SU-332 de 2019, en relación con el régimen prestacional de los docentes oficiales. En dicha sentencia señaló que *“los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías”*<sup>[119]</sup>, prevista por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006. Con todo, esta decisión no tiene efectos vinculantes frente al asunto decidido en esta oportunidad, por cuanto: (i) esta providencia de unificación es posterior a las decisiones judiciales cuestionadas por los accionantes<sup>[120]</sup> y (ii) no existe identidad fáctica ni jurídica con el asunto *sub iudice*, toda vez que los accionantes reclaman el pago de la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías, prevista por la Ley 50 de 1990.” (Subrayas fuera de texto).

Bajo este criterio y descendiendo al caso en concreto se tiene que el docente se encuentra afiliado al FOMAG en los siguientes términos:

## CERTIFICADO DE AFILIACIÓN

### FIDUPREVISORA S.A. FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

#### CERTIFICA:

Que consultada la Base de Datos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fondo) y conforme a lo establecido en la Ley 715 de 2001, se informa que la Secretaría de Educación en calidad de ente nominador reporta la siguiente información respecto al(la) señor(a) **MARTA YOLANDA RUIZ MURILLO** identificado(a) con **Cédula de Ciudadanía No. 24728509**:

Secretaría de Educación	Tipo de Nombramiento	Tipo de Vinculación	Régimen Pensional	Régimen de Cesantías
CALDAS	EN PROPIEDAD	MUNICIPAL	LEY 33 DE 1985	ANUALIDAD

Número Acto Administrativo	Fecha de Acto Administrativo (Año-Mes-Día)	Fecha de Posesión (Año-Mes-Día)	Fecha de Afiliación Nombramiento (Año-Mes-Día)	Estado de Afiliación
156	1995-08-26	1995-09-01	1995-09-01	ACTIVO

Con lo anterior se acredita que MARTA YOLANDA RUIZ MURILLO se encuentra afiliado al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 812 de 2003, 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.

Si se llegase a estudiar la procedencia al pago de la sanción mora por consignación extemporánea de los intereses a las cesantías, resulta imperioso resaltar que según se desprende del certificado de extracto de intereses a las cesantías, la anualidad 2020 fue pagada al docente el 31 de marzo del año 2021, es decir, dentro de los tiempos señalados en el artículo 4 del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO tal como se refleja a continuación:

INTERESES PAGADOS						
Año	DTF	Cesantías	Acumulado	Intereses	Fecha	Estado
2017	6.37%	3,576.886	18,830,168	1,199,482	15/03/2018	PRESENTE PAGO
2018	5.05%	3,890.895	7,471,063	377,289	19/03/2019	PRESENTE PAGO
2019	4.98%	4,203.682	11,674,745	581,402	24/03/2020	PRESENTE PAGO
2020	3.64%	4,478.553	16,153,298	587,980	27/03/2021	PRESENTE PAGO
2021	2.55%	5,306.205	21,459,503	547,217	22/03/2022	PRESENTE PAGO

Conforme a lo previamente expuesto, es claro que NO le asiste derecho a la demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así

como TAMPOCO al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

## V. EXCEPCIONES PREVIAS

### I. INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR NO AGOTAMIENTO DE LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA.

El presente medio exceptivo se propone con ocasión a que la parte actora no presentó reclamación administrativa a la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG. Sobre este tópico, es menester indicar que uno de los requisitos formales de una demanda, cuyo medio de control sea el de nulidad y restablecimiento del derecho, es que se individualice el acto administrativo, ya sea ficto o expreso, al que se ataca por nulidad. Si no se encuentra individualizado dicho acto, la acción devengaría inepta. Ahora, otro de los requisitos legales fundamentales de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, junto con el medio de control de reparación directa, es la reclamación administrativa ante la autoridad legalmente competente.

El numeral 2 del artículo 161 de la ley 1437 de 2011 reza:

“2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto. Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral.”

Ahora, tal y como se expresa en lo dicho en los hechos y se demuestra en los anexos de la demanda, el derecho de petición no fue interpuesto contra la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, si bien lo dirige hacia dicha entidad el apoderado se limita a enviar el documento a correos de propiedad del Ente Territorial al cual también reclama. No se evidencia ningún radicado de recepción, o recibido que provenga de la Nación, del Ministerio de Educación o de La FIDUPREVISORA siquiera.

Ante esta falta de: 1) individualización del acto administrativo expedido por parte del Fondo, 2) falta de requisito procesal cumplido, debe darse por terminado la presente controversia por lo expuesto en esta excepción.

Sobre este tópico, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 10 de septiembre de 2009, de la Sección Segunda Subsección “B” Consejero Ponente, doctora BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, dejó las siguientes enseñanzas:

“Vía Gubernativa Sabido es que para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se requiere del agotamiento previo de la vía gubernativa. Este presupuesto se conoce como el principio de “discusión previa”, el cual tiene por finalidad que la Administración en sede gubernativa y a instancia del administrado, tenga la oportunidad de revocar, confirmar o modificar su decisión previamente a que el acto administrativo sea sometido a control jurisdiccional por vía de la citada acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Como quiera que la vía gubernativa constituye el primer escenario donde se debate la legalidad de un acto particular, deben plantearse en ella los mismos hechos que luego habrán de aducirse ante el Juez Administrativo; de lo contrario se estaría violentando el derecho de defensa de la Administración.”

Aunado a lo anterior, del derecho de petición elevado por la parte demandante no se avizora que haya hecho alusión siquiera a lo pretendido con la información requerida, es decir, ni siquiera se le dio la oportunidad a la administración de que era lo que en realidad pretendía, razón por la que no es dable que sorprenda a la administración en sede judicial con peticiones de las que no tuvo la oportunidad de pronunciarse en sede administrativa.

## II. 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.

Por sí lo anterior fuese poco, el Decreto 942 de 2022 estableció como obligación a cargo de las secretarías de Educación:

“ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.2. Gestión a cargo de las Secretarías de Educación. Las prestaciones económicas que se pagan con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas y liquidadas por la respectiva Entidad Territorial Certificada en Educación.

Para tal efecto, la Entidad Territorial Certificada en Educación correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

1. Garantizar la disponibilidad, calidad y completitud de la información necesaria para la correcta liquidación de las prestaciones económicas de los docentes, que se encuentre en las herramientas o medios tecnológicos que funcionalmente estén bajo su administración y que permita evidenciar la trazabilidad en el trámite de reconocimiento... (Subrayas fuera de texto)

### III. CADUCIDAD

Respecto del término de caducidad de las acciones contenciosas, la jurisprudencia constitucional ha sustentado su compatibilidad con el ordenamiento superior, en los siguientes términos:

Atendiendo a la necesidad de organizar coherentemente diferentes instituciones procesales, el C.P.A.C.A. se encarga de fijar los términos de caducidad de las diferentes acciones contenciosas. En cada caso, es la naturaleza propia de los actos o hechos alrededor de los cuales versa la controversia jurídica, la que recomienda la fijación de un plazo más o menos largo para controvertir la conducta oficial, en desarrollo de las funciones constitucionalmente asignadas (artículo 150 C. P.), el legislador goza de libertad para configurar los procedimientos a través de los cuales se protegen los derechos ciudadanos y la integridad del ordenamiento jurídico. Resulta pertinente, entonces, que, como consecuencia de esta facultad, se puedan fijar límites en el tiempo para alegar el reconocimiento de garantías o impugnar la juridicidad de ciertos actos. Resulta necesario dotar de firmeza a las determinaciones de la administración.

## **VI. EXCEPCIONES DE MÉRITO**

### **I. LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD**

Los actos Administrativos emitidos por la entidad se encuentran ajustados a derecho, se profirió en estricto seguimiento de las normas legales vigentes ya aplicables al caso de la demandante, sin que se encuentre viciado de nulidad alguna.

### **II. 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.

### **III. CONDENA EN COSTAS**

En consideración a que hasta la fecha no existe criterio unificado respecto de la condena en costas por parte del Tribunal Administrativo de Antioquia como tampoco por parte del Consejo de Estado, deberá acogerse el pronunciamiento de la Sección Segunda – Subsección “B” del Consejo de Estado, en el sentido que el fallador debe valorar la conducta de las partes:

*“(…) supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas de procedimiento; cuando por ejemplo: i) sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; ii) se aduzcan calidades inexistentes; iii) se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; iv) se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o v) se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (…)”*

Bajo este contexto, si en gracia de discusión hubiese lugar a una sentencia condenatoria, solicito respetuosamente al Despacho que no se condene en costas a mi representada.

## VII. PRUEBAS

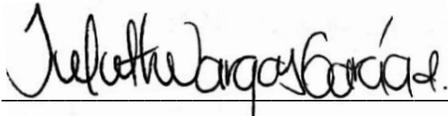
### I. DOCUMENTAL

1. Copia simple del Comunicado 008 de fecha 11 de diciembre de 2020 expedido por la Dirección de Prestaciones Económicas del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dirigido a las Secretarías de Educación y encargados de oficinas de prestaciones económicas de 11 de diciembre de 2020.
2. Acuerdo 39 de 1998 emitido por el Consejo Directivo FOMAG para reporte de las secretarías de educación de los intereses moratorios.
3. Certificado de afiliación de la docente.
4. Extracto de pago de intereses a las cesantías.

## VIII. 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](mailto:notjudicial@fiduprevisora.com.co), [procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co](mailto:procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co), [t\\_juargas@fiduprevisora.com.co](mailto:t_juargas@fiduprevisora.com.co), [t\\_juargas@fiduprevisora.com.co](mailto:t_juargas@fiduprevisora.com.co).

Del señor(a) Juez,



**ESPERANZA JULIETH VARGAS GARCIA**

CC. No. 1.022.376.765 de Bogotá

T.P. No. 267.625 del C.S.J.

Elaboro: t\_juargas

Reviso: María Camila Petro

**"Defensoría del Consumidor Financiero:** Dr. JOSÉ FEDERICO USTÁRIZ GÓNZALEZ. Carrera 11 A No 96-51 - Oficina 203, Edificio Oficity en la ciudad de Bogotá D.C. PBX 6108161 / 6108164, Fax: Ext. 500. E-mail: [defensoriafiduprevisora@ustarizabogados.com](mailto:defensoriafiduprevisora@ustarizabogados.com) de 8:00 am - 6:00 pm, lunes a viernes en jornada continua".

Las funciones del Defensor del Consumidor son: Dar trámite a las quejas contra las entidades vigiladas en forma objetiva y gratuita. Ser vocero de los consumidores financieros ante la institución. Usted puede formular sus quejas contra la entidad con destino al Defensor del Consumidor en cualquiera agencia, sucursal, oficina de corresponsalia u oficina de atención al público de la entidad, asimismo tiene la posibilidad de dirigirse al Defensor con el ánimo de que éste formule recomendaciones y propuestas en aquellos aspectos que puedan favorecer las buenas relaciones entre la Fiduciaria y sus Consumidores. Para la presentación de quejas ante el Defensor del Consumidor no se exige ninguna formalidad, se sugiere que la misma contenga como mínimo los siguientes datos del reclamante: 1. Nombres y apellidos completos 2. Identificación 3. Domicilio (dirección y ciudad) 4. Descripción de los hechos y/o derechos que considere que le han sido vulnerados. De igual forma puede hacer uso del App "Defensoría del Consumidor Financiero" disponible para su descarga desde cualquier smartphone, por Play Store o por App Store.