76147333300320220001200 - LETICIA NARANJO OSPINA - RECURSO DE REPOSICION EN SUBSIDIO QUEJA

laura pulido <laurapulido@lopezquinteroabogados.com>

Vie 26/05/2023 17:03

Para: Juzgado 03 Administrativo - Valle Del Cauca - Cartago <j03admcartago@cendoj.ramajudicial.gov.co>

2 archivos adjuntos (4 MB)

fin111.pdf; 2022-00012 Leticia Naranjo Ospina J3CARTAGO - RECURSO DE REPOSICION EN SUBSIDIO QUEJA.pdf;

RADICADO: 76147333300320220001200
ASUNTO: RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO RECURSO DE QUEJA CONTRA AUTO DE FECHA 25 DE MAYO DE 2023
DEMANDANTE: LETICIA NARANJO OSPINA
DEMANDADO: NACIÓN - MINEDUCACIÓN- FOMAG

Cordial saludo,

Adjunto envío recurso de reposición en subsidio y recurso de queja en contra del auto que negó por extemporáneo el recurso de apelación en el radicado de referencia.

Libre de virus.www.avast.com

Doctor:
JUAN FERNANDO ARANGO BETANCUR
JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CARTAGO VALLE DEL CAUCA.

RADICADO: 2022-00012
ASUNTO: RECURSO DE REPOSICION Y EN SUBSIDIO RECURSO DE QUEJA CONTRA AUTO DE FECHA 25 DE MAYO DE 2023
DEMANDANTE: LETICIA NARANJO OSPINA
DEMANDADO: NACIÓN - MINEDUCACIÓN- FOMAG

LAURA PULIDO SALGADO, identificada como aparece al pie de mi respectiva firma, y actuando en representación de la parte demandante, actuando dentro del término legal establecido para tal efecto, de la manera más respetuosa me permito manifestar al despacho que presento interpongo **RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDO RECURSO DE QUEJA,** de conformidad con lo reglado en el artículo 245 del C.P.A.C.A. y en concordancia con el artículo 353 del C.G.P, en contra del auto de fecha 24 DE MAYO DE 2023, notificado vía electrónica el día 25 DE MAYO DE 2023, mediante el cual rechaza por extemporáneo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en estas circunstancias, de la manera más comedida, presento los siguientes:

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

Dentro del proceso de referencia se tiene que se tramita en su despacho medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho, así mismo, para el día 15 de septiembre de 2022 se llevó a cabo la audiencia inicial, para el día 10 de octubre de 2022 se llevó a cabo la audiencia de practica de pruebas, en la cual notifican el traslado de alegatos de conclusión para presentarlos de manera escrita, los cuales fueron radicados el día 24 de octubre de 2022, al evidenciar que, desde el pasado mes de octubre de 2022, no se tenía notificación de actuaciones frente a dicho proceso, por lo cual se realiza una revisión exhaustiva y accediendo al link del proceso que el despacho notifica con el auto admisorio de la demanda, se encuentra que se dispuso sentencia dentro del proceso de referencia.

De esta manera se presentó DERECHO DE PETICIÓN el día 15 de mayo de 2023, solicitando la información mediante la cual se pudiera evidenciar la razón por la cual dicha notificación no fue recibida en debida forma, y que se informara la fecha, el medio y la hora en la cual se realizó la debida notificación de las providencias encontradas.

Para el mismo día 15 de mayo de 2023, se envía recurso de apelación en contra de la providencia emitida el 19 de diciembre en el radicado de referencia dándome notificada por CONDUCTA CONCLUYENTE.

Para el día 16 de mayo el Juzgado Tercero Administrativo De Cartago, da respuesta al derecho de petición informando que dichas providencias se habían notificado a través de correo electrónico al buzón notificacionescartago@lopezquinteroabogados.com, el día 19 de diciembre de 2022, y envía imagen de envió de la notificación en la cual se lee:

Finalmente adjunto pantallazo del mensaje de datos recibido por las partes, especialmente del correo electrónico dispuesto en la demanda como *e-mail* para notificar todas las providencias.

17/1/23, 9:18 Correo: Juzgado 03 Administrativo - Valle Del Cauca - Cartago - Outlook

Retransmitido: Notificacion Sentencia Primera Instancia NR 2022-

Microsoft Outlook
<MicrosoftExchange329e71ec88ae4615bbc36ab6ce41109e@etbcsj.onmicrosoft.com>
Lun 19/12/2022 11:39

Para: notificacionescartago@lopezquinteroabogados.com
<notificacionescartago@lopezquinteroabogados.com>

Se completó la entrega a estos destinatarios o grupos, pero el servidor de destino no envió información de notificación de entrega:

notificacionescartago@lopezquinteroabogados.com (notificacionescartago@lopezquinteroabogados.com)

Asunto: Notificacion Sentencia Primera Instancia NR 2022-

Honorables Magistrados en la manifestación a dicha respuesta emitida por parte del Juzgado informamos que para el día 19 de diciembre de 2022, se presentó dificultades en el buzón al cual se notificó dicha sentencia, también se argumentó que no se recibió copia de la notificación de la sentencia al correo electrónico inscrito en el aplicativo SIRNA (Unidad de Registro Nacional de Abogados y Auxiliares de la justicia del Consejo Superior de la Judicatura) y al cual la docente que represento envió poder para conferirme su representación, tal como se evidencia en el mismo.

De igual forma nos permitimos allegar, informe pericial mediante el cual se informa el daño presentado por el buzón notificacionescartago@lopezquinteroabogados.com, para el día 19 de diciembre de 2022, en el cual se explica las razones por las cuales no recibí la notificación de la providencia del radicado de referencia.

Sin que el ad-quo tenga en cuenta que si bien es cierto que dentro de la demanda se referencia como correo de notificaciones el correo: notificacionescartago@lopezquinteroabogados.com , también lo es el que el correo indicado para notificaciones inscrito ante el Consejo Superior de la Judicatura, y el cual se relaciona en los poderes presentados para dichas demandas y por medio del cual los docentes otorgaron la representación jurídica fue a través del correo: laurapulido@lopezquinteroabogados.com , tal como se señala en el certificado que expide La Directora de la Unidad de Registro Nacional de Abogados y Auxiliares de la justicia del Consejo Superior de la Judicatura, y como se estableció a través del ACUERDO PCSJA20-11567 05/06/2020 en el artículo 31:

> *Correos electrónicos de abogados. Las partes, abogados, terceros e intervinientes en los procesos judiciales o administrativos deberán suministrar la dirección de correo electrónico para recibir comunicaciones y notificaciones. Los abogados litigantes inscritos en el Registro Nacional de Abogados del Consejo Superior de la Judicatura deberán registrar y/o actualizar su cuenta de correo electrónico, de conformidad con las directrices que emita el Consejo Superior a través de la Unidad de Registro Nacional de Abogados.*
>
> *El Consejo Superior de la Judicatura, por medio de la Unidad de Registro Nacional de Abogados - URNA-, que actuará en coordinación con la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, desarrollarán en el SIRNA la función de consulta para los funcionarios judiciales de las cuentas de correos electrónicos registradas por los abogados litigantes.*

La notificación de la sentencia debe hacerse conforme lo prevé el artículo 203 y 205 de la Ley 1437 de 2011:

> *ARTÍCULO 203. NOTIFICACIÓN DE LAS SENTENCIAS. Las sentencias se notificarán, dentro de los tres (3) días siguientes a su fecha, mediante envío*

> *de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. En este caso, al expediente se anexará la constancia de recibo generada por el sistema de información, y se entenderá surtida la notificación en tal fecha.*
> *A quienes no se les deba o pueda notificar por vía electrónica, se les notificará por medio de edicto en la forma prevista en el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil.*
> *Una vez en firme la sentencia, se comunicará al obligado, haciéndole entrega de copia íntegra de la misma, para su ejecución y cumplimiento.*
>
> *ARTÍCULO 205. NOTIFICACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS. Además de los casos contemplados en los artículos anteriores, se podrán notificar las providencias a través de medios electrónicos, a quien haya aceptado expresamente este medio de notificación.*
> *En este caso, la providencia a ser notificada se remitirá por el Secretario a la dirección electrónica registrada y para su envío se deberán utilizar los mecanismos que garanticen la autenticidad e integridad del mensaje. Se presumirá que el destinatario ha recibido la notificación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje. El Secretario hará constar este hecho en el expediente.*
> *De las notificaciones realizadas electrónicamente se conservarán los registros para consulta permanente en línea por cualquier interesado.*

Modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, debe ser notificada PERSONALMENTE, pero dicha notificación tal como lo certifica el despacho no fue recibida debido a inconvenientes con dicho buzón, los cuales lo mantuvieron suspendido desde el 19 de Diciembre de 2022, por inconvenientes en la capacidad de memoria de la bandeja de entrada, por tal motivo categóricamente manifiesto que NO RECIBI LOS CORREOS por medio de los cuales el despacho notificó las sentencias emitidas dentro de los radicados de referencia ni tampoco fueron recibidos al correo inscrito en el aplicativo SIRNA (Unidad de Registro Nacional de Abogados y Auxiliares de la justicia del Consejo Superior de la Judicatura), de esta manera no se dio por surtida dicha notificación.

Y teniendo en cuenta la respuesta que dio el despacho claramente se vislumbra que el servidor de destino no envió notificación de entrega, es decir el correo no fue recibido por mí, precisamente por ello nos dimos notificados por conducta concluyente, al ingresar a los links de cada proceso y evidenciar que se había proferido fallo, sin que tuviéramos conocimiento del mismo, trasgrediendo los principios fundamentales del debido proceso tal como señala en la Sentencia T-181/2019:

> *DEBIDO PROCESO PENAL-Vulneración por falta de notificación*
>
> *La indebida notificación viola el debido proceso y, cuando es consecuencia de la conducta omisiva de la autoridad, es un defecto procedimental absoluto porque: (i) concurre cuando el juez actúa inobservando el procedimiento establecido en la ley; (ii) se entiende como un defecto de naturaleza calificada que requiere para su configuración que el operador jurídico haya desatendido el procedimiento establecido por la norma; y, además, (iii) implica una evidente vulneración al debido proceso del accionante.*

Honorables Magistrados partiendo del onus probandi, está dado que el despacho no entregó el sustento probatorio para demostrar la recepción efectiva de la notificación, puesto que la imagen que nos comparte no puede tomarse como prueba pues el mismo mensaje está dando un claro indicio que *"el servidor de destino no envió información de notificación de entrega"* de esta manera se tiene que en la Sentencia C-420 del 2020:

El Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional coinciden en afirmar que la notificación de las providencias judiciales y los actos administrativos no se entiende surtida solo con el envío de la comunicación mediante la cual se notifica (sea cual fuere el medio elegido para el efecto) sino que resulta indispensable comprobar que el notificado recibió efectivamente tal comunicación. Así, la garantía de publicidad de las providencias solo podrá tenerse por satisfecha con la demostración de que la notificación ha sido recibida con éxito por su destinatario.

El inciso 3 del artículo 8° del Decreto Legislativo 806 de 2020 prevé que "la notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación". Una regla semejante se contiene en el parágrafo del artículo 9°, según el cual, "Cuando una parte acredite haber enviado un escrito del cual deba correrse traslado a los demás sujetos procesales, mediante la remisión de la copia por un canal digital, se prescindirá del traslado por secretaría, el cual se entenderá realizado a los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente". Al ser consultado sobre las razones que motivaron estos apartados normativos, el Gobierno nacional informó que la medida tiene por objeto conceder un término razonable para que los sujetos procesales puedan revisar su bandeja de entrada, partiendo del reconocimiento de que no todas las personas tienen acceso permanente a Internet. De esta respuesta no se sigue que, al adoptar la medida, el Gobierno pretendiera desconocer el precedente descrito relativo a la validez de la notificación a partir de su recepción por el destinatario –en el caso de la primera disposición– o del traslado de que trata la segunda disposición, que no de su envío.

No obstante, la Corte encuentra que, tal como fue adoptada la disposición, es posible interpretar que el hito para calcular el inicio de los términos de ejecutoria de la decisión notificada o del traslado no corresponde a la fecha de recepción del mensaje en el correo electrónico de destino, sino a la fecha de envío. Esta interpretación implicaría admitir que, aun en los eventos en que el mensaje no haya sido efectivamente recibido en el correo de destino, la notificación o el traslado se tendría por surtido por el solo hecho de haber transcurrido dos días desde su envío. Una interpretación en este sentido desconoce la garantía constitucional de publicidad y por lo mismo contradice la Constitución.

Aunque el legislador cuenta con una amplia libertad para simplificar el régimen de notificaciones procesales y traslados mediante la incorporación de las TIC al quehacer judicial, es necesario precaver que en aras de esta simplificación se admitan interpretaciones que desconozcan la teleología de las notificaciones, esto es la garantía de publicidad integrada al derecho al debido proceso. En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad condicionada del inciso 3 del artículo 8° y del parágrafo del artículo 9° del Decreto Legislativo sub examine en el entendido de que el término de dos (02) días allí dispuesto empezará a contarse cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje. A juicio de la Sala, este condicionamiento (i) elimina la interpretación de la medida que desconoce la garantía de publicidad, (ii) armoniza las disposiciones examinadas con la regulación existente en materia de notificaciones personales mediante correo electrónico prevista en los artículos 291 y 612 del CGP y, por último, (iii) orienta la aplicación del remedio de nulidad previsto en el artículo 8°, en tanto provee a los jueces mayores elementos de juicio para valorar su ocurrencia.[1]

[1] Sentencia C-420 de 2020

De esta manera se tiene que el despacho manifestó que el destinatario no envió información de recibido efectiva del correo a notificar, y dado que efectivamente no fue recibido por mi parte, correo o correos que notificasen las providencias judiciales de los radicados de referencia, es dable interpretar que no fui notificada en debida forma de dichas sentencias, presentándose una nulidad efectiva en la notificación a través de correo electrónico de la sentencia en el proceso de la referencia, la cual se encuentra taxativamente en el artículo 133 del Código General del Proceso:

> ***"ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD.*** *El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:*
>
> *1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.*
>
> *2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.*
>
> *3. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida.*
>
> *4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.*
>
> *5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.*
>
> *6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado.*
>
> *7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación.*
>
> *8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.*
>
> ***Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.***
>
> ***PARÁGRAFO.*** *Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece."* ***Subrayas y negrillas fuera de texto***

Reiterando que se tuvo conocimiento de la decisión por parte de la suscrita, solo a través del acceso del link del expediente digital el día 15 de mayo de 2023, fecha en la que manifiesto bajo la gravedad de juramento que me notifico por conducta concluyente de esta decisión, es que se procede a presentar el recurso de apelación correspondiente. De esta manera es que se configura y fundamenta la nulidad de las actuaciones desde el día 19 de diciembre de 2022, para que se de paso a la notificación efectiva de la sentencia y el trámite correspondiente al recurso de alzada contra esta decisión.

El día 25 de mayo de 2023, se notifica auto en donde rechaza por extemporáneo el recurso de apelación, sin que el Ad-quo tomara en cuenta los oficios enviados en donde se manifestaba la situación acaecida en donde se informó no haberse dado la NOTIFICACION EN DEBIDA FORMA de la Providencia apelada.

En estas circunstancias, considero que el juez de primera instancia ante la imposibilidad de tener un panorama claro frente a lo sucedido y al existir una controversia de esta índole, y en aras que se le garantice el debido proceso y el acceso a la administración de justicia a mi prohijado, resulta necesario que se le dé el tramite al recurso de apelación interpuesto el día 15 de mayo de 2022, en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Administrativo de Cartago el 19 de diciembre de 2022 que negó las pretensiones de la demanda.

La causal de nulidad está originada en la falta de notificación efectiva de la sentencia de primera instancia, donde se niegan las pretensiones de este medio de control, puesto que a mi representado se le está vulnerando el derecho de defensa, al no tener oportunidad para pronunciarme al respecto de esta decisión.

Es por ello que después de presentar mis argumentos que sustentan este recurso y anexar los respectivos medios de prueba, solicito a su despacho y/o a ustedes Honorables Magistrados:

PETICIONES

PRIMERO: **REPONER** la decisión de 25 de mayo de 2023 y en su lugar declarar la nulidad de las actuaciones surtidas desde el 19 de diciembre de 2022.

Bajo esta línea argumentativa estimar mal denegado el recurso de apelación presentado en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Administrativo de Cartago el día 19 de diciembre de 2022.

SEGUNDO: Se sirva conceder en el efecto suspensivo el recurso de apelación presentado en contra de la sentencia del 19 de diciembre de 2022 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Valle del Cauca.

TERCERO: En caso de no acceder al numeral primero y segundo, dar trámite de recurso de QUEJA ante el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca a fin de que el superior jerárquico conozca de la solicitud de nulidad de las actuaciones desde el 19 de diciembre de 2022 y se conceda el recurso de apelación, como se solicitó anteriormente.

Agradezco la atención prestada,

LAURA PULIDO SALGADO
C.C. No. 41.959.926 de Armenia (Q)
T.P. No. 172.854 del C.S de la J.

LÓPEZ QUINTERO
ABOGADOS & ASOCIADOS
Honestidad y Eficiencia

Doctor
JUAN FERNANDO ARANGO BETANCUR
Juez Tercero Administrativo del Circuito
Cartago – Valle del Cauca

Asunto:	Sustentación recurso de apelación
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	**LETICIA NARANJO OSPINA**
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – y otro
Radicado:	76147-33-33-003-2022-00012-00

LAURA PULIDO SALGADO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.959.926. de Armenia (Q), acreditada con la Tarjeta Profesional de abogada No. 172.854 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado de **LETICIA NARANJO OSPINA**, de la manera más respetuosa, me permito presentar **RECURSO DE APELACIÓN** conforme a lo dispuesto en los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el día **19 DE DICIEMBRE DE 2022** y notificado POR CONDUCTA CONCLUYENTE el día 15 de mayo de 2023, con el objeto que la decisión inicial sea revocada en su integridad y en su lugar, se declare la nulidad del acto ficto demandado que negó el reconocimiento de la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 por la consignación inoportuna de las cesantía al FOMAG y el pago extemporáneo de los intereses a las cesantías, esto es, fuera del término establecido en la ley 52 de 1975, de acuerdo con los siguientes:

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

La sentencia de primera instancia, determinó centrar su decisión así:

> *"… De este modo, y como se indicó al analizar el pago de las cesantías en cuentas individuales, estas normas no son aplicables a los docentes, en primer lugar porque están destinadas inicialmente para trabajadores del sector privado, y porque los docentes oficiales cuentan con disposiciones especiales en materia de intereses a las cesantías, específicamente el artículo 15, numeral 3 literal b), el cual indica que "…el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldos de las cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de capacitación del sistema financiero durante el mismo periodo…".*
>
> *CONCLUSIÓN*
>
> *Sobre esta disposición, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado19 expresó: "…Con fundamento en la anterior norma, la Sala estima que existe suficiente claridad sobre la obligación que tiene el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de reconocer y pagar los intereses sobre saldos de cesantías adeudadas a los docentes afiliados…".*
>
> *De este modo, las disposiciones sobre indemnizaciones por pago de intereses a las cesantías, que sustentan la pretensión segunda de la demanda, son improcedentes para los docentes afiliados al*

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que la Ley 91 de 1989 estableció la liquidación y reconocimiento de intereses a las cesantías a favor de sus afiliados, lo que impide estructurar una posible confusión o duda en relación con la norma aplicable, y mucho menos trasladar sanciones establecidas en otras disposiciones que no aplican al caso concreto.

Por lo anterior, y atendiendo la imposibilidad aplicar las normas y jurisprudencia que sustentan las pretensiones de la demanda y el concepto de violación, al reconocimiento y pago de cesantías y sus intereses al personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se negarán las súplicas de la demanda."

La tesis del despacho fue desarrollada bajo los siguientes temas específicos:

1. Que los docentes tienen un régimen especial de cesantías.
2. La competencia en el reconocimiento y pago de las cesantías docentes y
3. Incompatibilidad del régimen especial de cesantías docentes con la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 y la indemnización de la Ley 52 de 1975.

Los cuales vamos a desglosar en el mismo orden para desvirtuar los fundamentos de la decisión, que se encuentra en contravía de las decisiones unificadas proferidas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional:

1. RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS CESANTÍAS DOCENTES

En este punto el juzgado, explica que al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la ley 50 de 1990, situación que ya ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Honorable Corte Constitucional y que el Consejo de Estado ha sido constante en definir, incluso en sentencias de unificación, pudiéndose afirmar que la postura jurisprudencial vigente en los órganos de cierre Constitucional y de lo Contencioso administrativo, están direccionados a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva, conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Así lo determinó claramente la sentencia proferida reciente por el Honorable Consejo de Estado, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, en providencia de veinte (20) de enero de dos mil veintidós (2022) Radicado: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021) Demandante: ÁNGEL MARÍA CASTRO OLMOS Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO1 , AL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO y AL MUNICIPIO DE CANDELARIA, así:

"Como puede observarse, la postura jurisprudencial vigente, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, está encaminada a la protección de las prestaciones salariales de los docentes oficiales, dada su condición de servidores públicos.

En razón a ello se resalta que la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías es posible concederla cuando se trate de docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio."

Es que el régimen especial no puede traer inmerso condiciones menos favorables que el general, la finalidad de un régimen especial es mejorar y dar un status plus de condiciones y en caso de su contenido no regular una situación específica es dable traer del régimen general la norma que cubra ese vacío normativo, interpretación que desde las Sentencias C-741 de 2012[1] y C-486 de 2016 [2] la Corte Constitucional ha dispuesto que los docentes oficiales se equiparan a los servidores públicos bajo la modalidad de empleados públicos. *Por esa razón, les es aplicable el régimen general en aquello que no se encuentra regulado en el régimen especial.*

También es necesario aclarar cuál es ese tratamiento especial a los docentes sobre el pago de los intereses de cesantías sobre su acumulado, como quedó establecido en el literal B del numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989:

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, ***el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.*** *Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.*

Y es que no se puede hacer una lectura superflua de la norma, la finalidad de la misma es procurar que los docentes mantengan quietos los recursos de las cesantías, puesto que, a mayor acumulado, más alta va a ser la liquidación de sus intereses anuales, pero la realidad práctica es que el docente retira sus cesantías con cierta periodicidad para cubrir sus necesidades, como el resto de empleados públicos y privados. A continuación, para efectos de demostrar que el régimen especial del docente, no es más favorable, que el régimen general, lo que desvirtúa la posición del a-quo, que solo la sostiene en la TEORIA, que demuestra, respetuosamente la manera como interpretó el proceso, para llegar a una premisa que no se compagina con la realidad la situación de los docentes.

Observemos una muestra gráfica de un docente vinculado en el año 2017 y de un servidor público vinculado en la misma fecha, para evaluar, si el régimen especial, comporta un mayor beneficio al trabajador docente o por el contrario sus intereses a las cesantías se encuentran por debajo de

[1] M.P. Nilson Pinilla Pinilla
[2] M.P. María Victoria Calle Correa

un servidor público en su misma situación de vinculación. Observemos el contenido de la siguiente tabla:

COMPARATIVO ENTRE EL REGIMEN ESPECIAL DE LIQUIDACIÓN DE INTERESES SOBRE ACUMULADO Y REGIMEN CONVENCIONAL									
REGIMEN ANUALIZADO LEY 91 DE 1989 DOCENTE 2DM						REGIMEN ANUALIZADO CONVENCIONAL			
AÑO	SALARIO ANUAL	ACUMULADO	VALOR DTF	VALOR DE INTERESES		AÑO	SALARIO ANUAL	INT. 12%	VALOR DE INTERESES
2017	3.709.750	3.709.750	5,99%	$ 222.214		2017	3.709.750	12%	$ 445.170
2018	3.976.548	7.686.298	4,71%	$ 362.025		2018	3.976.548	12%	$ 477.186
2019	4.280.159	11.966.457	4,50%	$ 538.491		2019	4.280.159	12%	$ 513.619
2020	4.634.283	16.600.740	3,44%	$ 571.065		2020	4.634.283	12%	$ 556.114
2021	4.802.791	21.403.531	2,07%	$ 443.053		2021	4.802.791	12%	$ 576.335
TOTAL RECIBIDO POR INTERESES				$ 2.136.848		TOTAL RECIBIDO POR INTERESES			$ 2.568.424

En la tabla, se incluye a un docente que está vinculado desde 2017, en grado de escalafón 2DM y desde su vinculación tiene ahorradas sus cesantías. Se extrae que a los docentes aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores en Colombia con régimen anualizado, quienes, si tienen libertad de solicitar sin restricción las cesantías, entonces ***¿es realmente favorable este régimen especial?*** Pues la respuesta es obvia, no puede simplemente decir que el por qué los intereses a las cesantías se liquidan con el DTF, entonces es de superior jerarquía y mejor para el docente para argumentar una decisión negativa frente a las pretensiones del docente reclamante, cuando lleva soportando esta desigualdad desde hace más de 30 años. La liquidación de intereses a las cesantías de un docente es inferior en el tiempo que la de un empleado público que recibe igual remuneración, situación que fue observada en teoría para el despacho de primera instancia, sin analizar lo que estaba expresando.

Que los docentes pertenezcan a un "régimen especial", no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales, se sustraigan de la obligación de ***CONSIGNAR LOS RECURSOS DE LAS CESANTÍAS EN EL FOMAG,*** razón que conlleva a un fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de estado en el expediente **RADICADO: 11001-03-25-000-2016-00992-00,** donde es **ACCIONANTE: LUIS ALONSO ARISTIZÁBAL MARÍN** y **ACCIONADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y se estudió la **Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998,** cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

Hasta aquí queda demostrado que al unísono la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han concluido que a los docentes se les deben **CONSIGNAR** en el único fondo establecido para los trabajadores de la educación, los recursos de sus cesantías en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho.

Honorables magistrados, cuando fue creada la ley 91 de 1989, nisiquiera había sido expedida la ley 50 de 1990, que establecieron en ambas situaciones la afiliación de empleados y docentes vinculados después del 1 de enero de 1990, para efectos del reconocimiento de las cesantías a estos empleados, con ese objetivo, pero el MEN, ha omitido desde hace 30 años esta obligación y que hoy no clarifican las altas cortes, situación porque la estamos solicitando la revocatoria de la sentencia apelada dentro del presente proceso.

2. LA COMPETENCIA EN EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS CESANTÍAS DOCENTES

En este tema puntual, debemos afirmar que no es necesario debatir quien reconoce y paga las cesantías, porque sería una cuestión que debería ser estudiada, si las pretensiones de la demanda estuvieran encaminadas al reconocimiento de la sanción moratoria, contenida en la ley 1071de 2006, desde el enfoque de las pretensiones que nos ocupa, se debe determinar:

¿CUÁL ES LA ENTIDAD ENCARGADA DE CONSIGNAR LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES DE LA EDUCACIÓN PÚBLICA EN EL FONDO PRESTACIONAL DEL MAGISTERIO FOMAG?

La Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones, de hecho no permite que los recursos destinados a prestaciones sociales lleguen a las entidades territoriales, como quedó reglado desde la expedición de la Ley 715 de 2001, (hace 21 años), y habiendo retenido estos recursos desde hace 30 años, sin que los hubiese consignado al fomag, que es el fondo al que está afiliado mi representado, queriendo significar que esta insana costumbre desde la expedición de la ley 91 de 1989, viene haciendo eco en las diferentes situaciones que se han presentado durante más de 32 años en el FOMAG, pero se abstiene de dar cumplimiento a la ley, pues la Nación representada en el Ministerio de Educación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, hacen parte del Consejo Directivo del Fondo, como lo determina la ley 91 de 1989 y de esta manera manipula a su conveniencia las actuaciones de financiamiento a beneficio de su economía, sin importar que estas acciones perjudiquen a los trabajadores de la educación, pero que hoy el Consejo de Estado y la Corte Constitucional ordenan solucionar.

Debemos aclarar que hay diferencia entre ***reconocimiento y consignación***, en el asunto de marras se solicita la indemnización moratoria **por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador** el 15 de febrero del año 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la ley 1071 de 2006, que modifica la ley 244 de 1995 y este pago se hace directamente al trabajador, son dos (2) asuntos completamente diferentes. **En este último el artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sin aprobación**

de la Nación, puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías. SITUACIÓN QUE NOSOTROS NO ESTAMOS CONTROVIRTIENDO EN ESTE ASUNTO.

No se puede confundir estas situaciones jurídicas que vulneran los derechos de los trabajadores del sector de la educación, pues una es la que a solicitud del trabajador las entidades exceden los 70 días hábiles para su reconocimiento y pago (Sanción Mora Ley 1071 de 2006), sobre la que el operador judicial de primera instancia hace un estudio juicioso, pero el cual no se adecúa al asunto que hoy ocupa la atención de su despacho, puesto que la indemnización moratoria que se solicita, es aquella que de manera automática año tras año, cada 15 de febrero la Nación debe consignar al fondo el valor correspondiente a las cesantías de los trabajadores (artículo 99 de la Ley 50 de 1990) y he aquí señores magistrados la razón por la que el Fomag se retrasa en el pago de las cesantías solicitadas, pues al no recibir por parte de la Nación – MEN – los dineros, **NO CUENTA CON LOS RECURSOS SUFICIENTES PARA SU CUBRIMIENTO.** y **¿Cuál es la razón de la insolvencia?** , pues no es otra, que la omisión de la Nación de cumplir con la ley año a año de la consignación al fomag al 15 de febrero de cada anualidad de sus cesantías para tener disponible el recurso para su pago, lo que desencadena que hayan dos sanciones moratorias diferentes, las cuales tienen su génesis en esta negligencia. SITUACIÓN QUE DEBE ACABARSE.

Con los fundamentos anteriores, queda demostrado que la competencia de girar los recursos al Fondo es de la Nación, y que su actuar desencadena unas situaciones lamentables convertidas en vulneración de derechos prestacionales, los cuales han sido protegidos por las altas cortes y que el gobierno debe corregir, para evitar detrimento del erario.

3. INCOMPATIBILIDAD DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE CESANTÍAS DOCENTES CON LA SANCIÓN MORATORIA DE LA LEY 50 DE 1990 Y LA INDEMNIZACIÓN DE LA LEY 52 DE 1975

Dentro de las pretensiones de la demanda se encuentran el reconocimiento de la sanción mora por consignación inoportuna de las cesantías del año 2020, esto es después del 15 de febrero de 2021, así como también la indemnización moratoria por el pago extemporáneo de los intereses a las cesantías del año 2020, esto es después del 31 de enero de 2021, estas pretensiones basadas en la interpretación unificada de la Corte Constitucional de la aplicación del artículo 99 de la ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fomag que tenga su régimen de cesantía anualizado y es que la indemnización contenida en la ley 52 de 1975, hace parte integral del artículo 99 de la ley 50 de 1990, puesto que así se estableció en el artículo 3° del Decreto Reglamentario 1176 de 1991:

> ***" …Artículo 3º.-*** *El valor liquidado por concepto de auxilio de cesantía se consignará en el fondo de cesantía que el trabajador elija, dentro del término establecido en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.*

El valor liquidado por concepto de intereses, conforme a lo establecido en la Ley 52 de 1975, se entregará directamente al trabajador dentro del mes siguiente a la fecha de liquidación del auxilio de cesantía.

Significa que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas, no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fomag cada 15 de febrero de cada año, EN EL PRESENTE ASUNTO queda demostrado que no le fueron consignadas sus cesantías desde hace 30 años, pero se pretende el restablecimiento solo de las que no fueron consignadas en el año 2021, y que corresponde a su trabajo docente en el año 2020, sino que también los intereses a las cesantías sean pagados antes del 31 de enero de cada año, puesto que en la ley 91 de 1989 no están parametrizados estos términos, entonces al existir una anomia o vacío normativo, el cual se suple de la norma general, lo anterior en consonancia de la línea jurisprudencial establecida por la Corte Constitucional en SU 098 de 2018, la cual se encuentra vigente:

"... Como se advirtió, los docentes se encuentran en la categoría de los empleados públicos y no existe razón que justifique que en su calidad de trabajadores no tengan derecho, de la misma forma que los demás servidores públicos, a que sus prestaciones sociales sean canceladas en tiempo. Una interpretación contraria no protegería a estas personas en la misma forma que a otros servidores públicos, lo cual tendría como consecuencia la restricción de su posibilidad de gozar de la garantía del pago oportuno del auxilio de cesantías y, a su vez, de las protecciones ya mencionadas que se derivan de esa prestación.

68. Para la Sala, la anterior interpretación no resulta incompatible con el régimen especial que regula la figura del auxilio de cesantías de los docentes porque no afecta los requisitos, términos y competencia para su reconocimiento ni afecta el derecho de los docentes a esta prestación como tampoco genera exclusiones entre los docentes del magisterio, lo cual, al parecer, si se derivaría de la interpretación según la cual solo los docentes del sector territorial tendrían derecho a esta consecuencia legal por el incumplimiento de la consignación de la prestación social del auxilio de cesantías.

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

Acerca del criterio hermenéutico de especialidad, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que este "permite reconocer la vigencia de una norma sobre la base de que regula de manera particular y específica una situación, supuesto o materia, excluyendo la aplicación de las disposiciones generales" [3] y también que, a través de este principio, en caso de incompatibilidad entre una norma general y una especial, prevalece esta última[4] "sobre la base de que la norma especial sustrae o excluye una parte de la materia gobernada por la ley

[3] Sentencia C-451 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
[4] Sentencia C-439 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

de mayor amplitud regulatoria, para someterla a una regulación diferente y específica, sea esta contraria o contradictoria, que prevalece sobre la otra"[5].

En este marco, la Sala advierte que en este caso no se presenta antinomias legales que puedan y deban resolverse a través del principio de especialidad, ya que no se trata de elegir la aplicación de una u otra normativa, pues lo que sucede es que la norma especial carece de regulación respecto a una figura jurídica que sí está presente en la norma general, por tanto, lo que se evidencia es un vacío. Es decir, la normativa que regula el régimen especial de docentes no reguló la materia de la sanción moratoria ni sustrajo o excluyó está figura jurídica que sí está regulada en la norma general, en consecuencia, no se trata de normas excluyentes que exigen aplicar una u otra sino de disposiciones que se complementan.

Bajo esta línea argumentativa es importante enfatizar que en este caso no se vulnera el principio de inescindibilidad o conglobamento, según el cual "El texto legal así escogido debe (…) aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido*"*[6], *en razón a que, al elegirse la norma más favorable al trabajador,* ***es aplicable en su totalidad el contenido referente a la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías en los términos previstos en la Ley 50 de 1990.***

Esto es, no se elige parte de su contenido, pues no se aplican de manera fragmentada los contenidos normativos que más favorecen al trabajador con fundamento en distintas fuentes normativas, sino que como quedó expuesto, ***en el régimen especial hay una ausencia de regulación de la figura de la sanción moratoria por la no consignación de cesantías (vacío normativo), mientras que el régimen general si la contempla. Así las cosas, se aplica de manera completa la norma especial, excepto en caso de vacío, en donde se aplica el régimen general.***

Por otro lado, no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes*. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad*[7]*, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política…" Subrayas y negrita fuera de texto*

Nos indica la honorable Corte Constitucional la línea argumentativa en casos análogos, en los que la consignación correspondiente a las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG, no se realizó en el plazo legal determinado para ello. Y es que al no estar incluido en la ley 91 de 1989, el plazo para esta consignación, es aplicable el plato determinado en la norma general, es decir antes del 15 de febrero de cada año, como lo estatuye la ley 50 de 1990.

[5] Ibídem
[6] Sentencia T-832A de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
[7] Sentencia SU-1185 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Hasta este punto es claro que el Consejo de Estado acoge el lineamiento de la Corte Constitucional y lo complementa con la providencia del día seis (6) de agosto de dos mil veinte (2020), **Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16) CE-SUJ- SII-022-2020, con ponencia de la Dra. SANDRA LISETH IBARRA,** determinó al unísono en la sección segunda que:

> *“ ..... 78. Así las cosas, se reitera que la causación de la sanción por mora por falta de consignación de las cesantías anualizadas, ocurre al día siguiente al del vencimiento de la oportunidad que tiene la Administración para proceder en tal sentido, esto es, 15 de febrero siguiente a la anualidad que causó la cesantía.*
>
> *79. Este espacio es propicio para aclarar, que la sanción por mora se origina **por la falta de pago o de consignación de las cesantías**, según el caso. Pero no puede dejarse de lado, que ello se traduce en el incumplimiento de una obligación que tiene unos términos estrictos y perentorios dispuestos por la ley en garantía del trabajador, de manera que la sustracción del deber tiene un momento cierto y determinado, que permite el nacimiento de la penalidad que sin ser un derecho beneficia al empleado.*
>
> *80. En esa medida, al examinar el artículo 99 de la Ley 50 de 1990**,** en su numeral 3° encontramos que la norma dispone lo siguiente: «3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará **antes del 15 de febrero del año siguiente**, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.»*
>
> *81. Como puede observase, el legislador consagró una obligación a cargo del empleador y la sometió al cumplimiento de un plazo que, de incumplirse, le genera una sanción pecuniaria a favor del empleado o trabajador. Conforme lo anterior, no se está ante una obligación pura y simple, sino que la propia ley ha querido que esté sometida a un plazo para su pago, en la medida que fijó en cada año una fecha determinada para efectuar la consignación, por lo cual, válidamente puede afirmarse que la obligación es sustancialmente una obligación de plazo.*
>
> *82. Ahora bien, si el empleador no procede a consignar las cesantías dentro del plazo fijado por el ordenamiento, a partir de ese momento incurre en mora y se hace exigible una sanción, que por naturaleza es prescriptible si dentro de los 3 años siguientes no se reclama.*
>
> *83. En tal virtud, negarse a considerar la prescripción de la sanción por mora porque no hubo pago efectivo de la cesantía o porque no se produjo su consignación, es desconocer que aquella nace a la vida jurídica ipso jure, en la manera que dispuso el legislador y que fue apreciada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, siendo exigible para su beneficiario; lo cual, no se confunde con la extensión de la penalidad en el tiempo, que si está directamente asociada a que se efectúe la cancelación de la prestación social.*
>
> *84. El anterior razonamiento pone en la palestra dos obligaciones que pese a ser conexas, no son dependientes. En efecto, el pago atribuido a la cesantía constituye la solución al deber prestacional del empleador respecto de la solicitud efectuada por su empleado, de modo que*

al producirse hace que se extinga. Este mismo pago, ante la causación eventual de la moratoria, ocasiona que ésta cese, no que se extinga, como ocurre con la prescripción una vez transcurridos los 3 años establecidos en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

85. En suma, la causación de la sanción por mora la hace exigible para su beneficiario y, por tanto, activa en su contra los términos de ley para que el paso del tiempo, hipotéticamente puedan extinguir la obligación, que se reitera es totalmente independiente a la prestación social, tal como hoy día es regla pacífica de la Corporación.

86. No puede entenderse de otra manera, pues en voces de la jurisprudencia, ***el nacimiento de la sanción por mora no está condicionado al reconocimiento de la cesantía, ocurriendo de pleno derecho por el incumplimiento del pago de parte del empleador dentro de los términos de ley****, por lo que la subsistencia de la obligación prestacional tampoco puede impedir la extinción por el paso del tiempo. En términos sencillos, la existencia formal y subsistencia de la cesantía, no determina ni la causación ni la extinción de la moratoria."*

PREMISAS ERRÓNEAS DESARROLLADOS EN LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

A. En el régimen especial docente no existe la obligación de consignar las cesantías por parte del ente territorial ni de la Nación (Ministerio de Educación)

Como se advirtió, los docentes se encuentran en la categoría de los empleados públicos y no existe razón que justifique que en su calidad de trabajadores no tengan derecho, de la misma forma que los demás servidores públicos, a que sus prestaciones sociales sean canceladas en tiempo. Una interpretación contraria no protegería a estas personas en la misma forma que a otros servidores públicos, lo cual tendría como consecuencia la restricción de su posibilidad de gozar de la garantía del pago oportuno del auxilio de cesantías y, a su vez, de las protecciones ya mencionadas que se derivan de esa prestación. (estudio y vivienda).

ES TAN CLARA LA OBLIGACIÓN DE LA NACIÓN CONSIGNAR LOS RECURSOS ANTES DEL 15 DE FEBRERO DE CADA AÑO, QUE INCLUSO LOS DESCUENTOS PARA ESTOS EFECTOS COMIENZA A SER REALIZADOS A LOS DOCENTES Y AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES DESDE EL MES DE ENERO DEL AÑO INMEDIATAMENTE ANTERIOR A LA CAUSACION DE LAS CESANTIAS QUE DEBEN CONSIGNARSE ANTES DEL 15 DE FEBRERO DEL AÑO SIGUIENTE

Establece el Parágrafo 1º del artículo 18 de la ley 715 de 2001, así:

*"…****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.»

Es decir que los recursos de las prestaciones sociales de los docentes, están establecidos para ser descontados del Sistema General de Participaciones, siendo retenidos mensualmente una doceava parte (1/12), para que al finalizar el año esté el recaudo separado para consignarlo al FOMAG y que sean reportados los valores correspondientes a favor de cada docente, para poder así ser liquidados los respectivos intereses que le corresponden por el año reportado en su acumulado. Existe un enriquecimiento sin causa por parte del patrono, en contravía del Fomag y de los derechos de los docentes, pues habiendo sido descontado los recursos antes de girar la diferencia a los departamentos y municipios certificados en educación conforme a la ley 60 de 1993 y ley 715 de 2001, INCLUSO DESDE 1 AÑO ANTES DE TENER QUE REALIZAR LA CONSIGNACIÓN.

En términos coloquiales, así no se vale.

Sólo es posible liquidar los INTERESES A LAS CESANTÍAS equivalente a la tasa del DTF sobre el capital acumulado en el FOMAG cada año, si existe un capital acumulado que los genere. POR ESO DEBE EXISTIR UN CAPITAL DE CESANTÍAS AÑO POR AÑO QUE FUE CONSIGADO POR EL PATRONO, QUE EN EL PRESENTE ASUNTO NO FUE CONSIGNADO. Los intereses no nacen, sin existir un capital que debe acumularse y poderlo calcular, esta situación no debe seguirse ocurriendo en teorías donde el patrono, "engaña al trabajador", liquidando unos intereses a las cesantías de manera extemporánea, cuando en el fondo de cesantías al cual se encuentra afiliado, su capitalno fue debidamente traslado el 15 de febrero del año 2021.

Es que el artículo 8 de la ley 715 de 2001, determinó la manera como al momento de girar los recursos cada mensualidad, el MEN realizaba los descuentos con destino al FOMAG, pero se quedó con ellos.

Una insana costumbre no genera derechos.

La posición del Consejo directivo del Fomag, que no le exige al MEN estos recursos, es por cuanto la presidenta del Consejo directivo es la ministra de Educación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de tal forma que siempre han consentido esta irregular situación, que ha perjudicado no solo a los trabajadores docentes, sino al mismo estado.

Que pretendía la ley 91 de 1989, al unificar en el Fomag todos los regímenes de cesantías y afiliar obligatoriamente a los docentes al Fomag, para el reconocimiento de las cesantías. Pues que el patrono consignara las cesantías en este fondo, teniendo en cuenta que antes de la entrada en vigencia de esta norma, las entidades territoriales y la Nación, no tenían unificados los docentes de la educación pública, pues eran manejados una parte por municipio, otros por los departamentos y lo demás por la Nación, esta desorganización conllevaba una vulneración de

derechos nefasta, que se pretendió mejorar con un fondo unificado, pero hoy 32 años después el panorama continúa el panorama desolador.

B. Existencia de expresa exclusión de aplicación normativa de la Ley 344 de 1996 y consecuentemente de la Ley 50 de 1990 a los docentes.

La ley 91 de 1989, no contempla la sanción por consignación extemporánea de las cesantías a 15 de febrero de cada año, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, por esta misma causal, por esta razón la SU 098 de 2018, explicó:

> *" ... Acerca del criterio hermenéutico de especialidad, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que este "permite reconocer la vigencia de una norma sobre la base de que regula de manera particular y específica una situación, supuesto o materia, excluyendo la aplicación de las disposiciones generales"[8] y también que, a través de este principio, en caso de incompatibilidad entre una norma general y una especial, prevalece esta última[9] "sobre la base de que la norma especial sustrae o excluye una parte de la materia gobernada por la ley de mayor amplitud regulatoria, para someterla a una regulación diferente y específica, sea esta contraria o contradictoria, que prevalece sobre la otra"[10].*
>
> *En el estudio de aplicación de la ley 50 de 1990 al sector docente, paralelamente con la ley 91 de 1989, no se presenta antinomias legales que puedan y deban resolverse a través del principio de especialidad, ya que no se trata de elegir la aplicación de una u otra normativa, pues lo que sucede es que la norma especial carece de regulación respecto a una figura jurídica que sí está presente en la norma general, por tanto, lo que se evidencia es un vacío. Es decir, la normativa que regula el régimen especial de docentes no reguló la materia de la sanción moratoria ni sustrajo o excluyó está figura jurídica que sí está regulada en la norma general, en consecuencia, no se trata de normas excluyentes que exigen aplicar una u otra sino de disposiciones que se complementan".*

Por esta razón de manera habilidosa, el FOMAG, expidió el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998, el cual fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de **treinta y uno (31) de octubre de 2019**, en el proceso con Radicación número: **11001-03-25-000-2016-00992-00(4473-16)**, Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, donde resolvió:

> *DECLARAR LA NULIDAD del inciso 1 del artículo 5 del Acuerdo No. 34 de 1998 expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

Bajo esta normatividad, el Consejo Directivo del FOMAG, conformado por la Nación, entre otros, escudaba su actuar irregular de no consignar los recursos correspondientes a las

[8] Sentencia C-451 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
[9] Sentencia C-439 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
[10] Ibídem

prestaciones y limitando a una periodicidad de tres años para las solicitudes de cesantías parciales, yugo que solo tienen que soportar los trabajadores de la educación pública, ya que, en Colombia, ningún otro trabajador tiene esa limitación, pero que ya fue detectada por el Consejo de Estado, declarando la nulidad de un acuerdo interno del fomag, que se encuentra por debajo de la categoría legal, que debe tener la materia.

C. Inexistencia de vulneración de los principios igualdad y de favorabilidad y carácter no vinculante de la sentencia SU-098 de 2018 y El régimen especial docente de cesantías no vulnera el derecho a la igualdad ni el principio de favorabilidad

Los docentes hacen parte de los empleados públicos, a quienes, en general, les aplica la sanción moratoria. En tal medida, se trata de un escenario en el cual todos gozan de una prestación, el auxilio de cesantías, que garantiza la subsistencia ante el desempleo y el acceso a la educación y vivienda. Por ello, un acercamiento que disminuye la protección de la garantía a unos en perjuicio de los otros, viola el derecho a la igualdad.

La aplicación de la norma general del artículo 99 de la ley 50 de 1990, no resulta incompatible con el régimen especial que regula la figura del auxilio de cesantías de los docentes porque no afecta los requisitos, términos y competencia para su reconocimiento ni afecta el derecho de los docentes a esta prestación como tampoco genera exclusiones entre los docentes del magisterio.

Al respecto, el a-quo fortalece su premisa, con la Sentencia SU- 573 de 2019, la cual determinó que las acciones de tutela eran improcedentes para debatir términos prescriptivos para la reclamación del derecho, no como lo muestra el despacho. Así está contenido en esta providencia:

> ***I. Síntesis de la decisión***
>
> *1. La Sala declaró improcedente 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 tutelantes, por dos razones. De una parte, 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: (i) versaba sobre una cuestión meramente legal, con una connotación de contenido patrimonial, (ii) que no involucraba la protección de derechos fundamentales y, (iii) pretendía reabrir la controversia legal resuelta por el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por otra parte, constató que las irregularidades alegadas por los accionantes no tenían un efecto decisivo o determinante en las providencias cuestionadas, que conllevara la afectación de una garantía constitucional.*

Es decir que no trajo consigo esta providencia, un cambio de criterio, lo que significa que continúa vigente el contenido de la ***SU-098 de 2018 de la Honorable Corte Constitucional.***

D. Inexistencia de identidad fáctica con la SU-098 de 2018

La juez sistemáticamente muestra, las condiciones fácticas expuestas en cada caso contenido en las sentencias allegadas y concluye que al tratarse de docentes que, en determinado momento de su vida laboral, no fueron afiliados por sus entidades nominadoras al FOMAG, no existe identidad fáctica con el asunto de marras, pero es que **NO EXISTE SANCIÓN POR LA NO AFILIACIÓN AL FONDO, LA NO AFILIACIÓN AL FONDO TRAE COMO CONSECUENCIA LÓGICA QUE NO VA A EXISTIR UNA CONSIGNACIÓN Y LO QUE SE PUEDE SANCIONAR A FAVOR DEL TRABAJADOR ES LA FALTA E CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS EN UN TIEMPO DETERMINADO Y ESTE ES EL TERMINO CONTENIDO EN LA LEY 50 DE 1990.**

G. Inexistencia de criterio unificado del Consejo de Estado

Es cierto que inicialmente existían sentencias en contra y otras a favor, pero precisamente por eso fue expedida la SENTENCIA DE UNIFICACIÓN, que clarificó la situación hacia el futuro. ESTO NO OBEDECE AL CAPRICHO DE LOS DOCENTES, sino a principios legales y al desarrollo jurisprudencial y el avance en el mismo.

En esta ocasión el órgano de cierre de lo contencioso administrativo, ha centrado el estudio en determinar el término prescriptivo de la sanción por mora, fenómeno que no afecta este asunto, pues se reclama la indemnización que se produjo a partir del 15 de febrero del año 2021, de esta anualidad tendrían plazo de reclamar hasta el **15 de febrero de 2024,** de esta manera y en numerosas ocasiones el Consejo de Estado, ha replicado y modulado sus decisiones en centrar el derecho que le asiste a los docentes de reconocer la sanción por mora por la falta de consignación de las cesantías dentro del tiempo al respectivo Fondo, estudios que se allegaron inicialmente con la presentación de la demanda y que al día de este recurso de alzada, han expedido más providencias bajo la misma línea argumentativa, como se relaciona a continuación:

CORTE CONSTITUCIONAL				
No.	**RADICADO EXPEDIENTE**	**FECHA DECISIÓN**	**MAGISTRADO PONENTE**	**MAGISTRADOS**
1	Exp. T-6.736.200	17 de octubre de 2018	Dra. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO	**SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

CONSEJO DE ESTADO				
No.	**RADICADO EXPEDIENTE**	**FECHA DECISIÓN**	**MAGISTRADO PONENTE**	**CONSEJEROS FIRMANTES**
1	08001-23-33-000-2013-00666 01 (0833-16)	6 de agosto de 2020	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	**SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO**
2	76001-23-31-000-200900867-01, No. Interno: 4854-2014	24 de enero de 2019	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
3	11001-0315-000-2018-03499-01	29 de julio de 2019	Dr. NICOLÁS YEPES CORRALES	Dr. JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS - Dr. GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
4	08001 23 33 000 2014 00173-01 (1688-16)	2 de diciembre de 2019	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
5	08001-23-33-000-2014-00208 01	10 de junio de 2020	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
6	08001-23-31-000-2014-00254 01 (4960-2017)	22 de octubre de 2020	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
7	08001-23-33-000-2014-00132 01	12 de noviembre de 2020	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
8	08001 23 31 000 2014 00815 01 (4979–2017)	17 de junio de 2021	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
9	08001-23-33-000-2015-00331 01	17 de junio de 2021	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS	Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
10	19001-23-33-000-2015-00445 02(0483-20)	4 de noviembre de 2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
11	08001-23-33-000-2014-01127 01 (1002-2021)	25 de noviembre de 2021	Dra. SANDRA LISETH IBARRA	Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER
12	40001-23-40-000-2017-00134 01 (2208-2020)	25 de noviembre de 2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
13	080001-23-40-000-2015-90008-01 (2387-2020)	11 de noviembre de 2021	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
14	080001-23-40-000-2014-90022-01 (5154-2016)	11 de noviembre de 2021	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
15	080001-23-33-000-2017-00931-01 (1001-2021)	20 de enero de 2022	Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
16	080001-23-33-000-2015-00075-01 (2660-2020)	3 de marzo de 2022	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
17	080001-23-40-000-2017-00795-01 (2659-2020)	9 de mayo de 2022	Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS	Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Todas estas providencias, pueden ser consultadas en el siguiente enlace:

https://drive.google.com/drive/folders/1zTK_OVzm2UBO1g2sYpXXqLkmo6RedLB?usp=sharing

Aquí encontrarán como última sentencia la proferida el 9 de mayo de 2022 del Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas, donde ratifica el Consejo de Estado la línea jurisprudencial vigente en un caso análogo.

H. Improcedencia de aplicar la sanción por no consignación de cesantías toda vez que no es posible establecer límite final de la sanción moratoria

La forma de calcular el límite final de la Sanción por Mora, se da con la constancia de consignación de las cesantías al respectivo fondo Prestacional del Magisterio FOMAG, **por eso se insistió tanto en la importancia del decreto de las pruebas para que el juzgado tuviera pleno conocimiento de la fecha exacta de Consignación**, o que si en su defecto la entidad territorial y la Nación no han consignado los valores correspondientes, se allegue la certificación

de no pago, pero las mismas fueron denegadas y cursa a la vez un recurso de apelación ante este honorable tribunal. Es que esta situación se torna intolerable, por cuanto trae consecuencias nefastas y limitaciones para el reconocimiento de sus prestaciones, no puede la Nación jugar con los recursos de los trabajadores de la educación. Así mismo, la reclamación del derecho contenido en este medio de control, no está supeditado al cálculo de su extremo final, puesto que la consignación de los recursos al ser certificada limitaría la cuantía, lo que si puede suceder es que a la espera de la consignación se configure el término prescriptivo, así lo han determinado las altas cortes.

Así mismo se insiste en el fundamento principal de este medio de control se encuentra contenido en el expediente con Referencia: expediente T-6.736.200, se trata de una Acción de tutela presentada por Álvaro Bonilla Guerrero contra la Sección Segunda, Subsección "B", de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y otro cuyo Asunto: Configuración de los defectos sustantivo y por violación directa de la Constitución respecto de la aplicación de la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, de conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 al personal docente del sector oficial, del cual es Magistrada Ponente, la doctora GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO y este estudio en sede de tutela dio lugar a la providencia conocida como Sentencia de Unificación de la C. Constitucional 098 de 17 de octubre de 2018, el cual ha sido citado en múltiples ocasiones, durante este recurso de alzada, y cuya parte resolutiva, se trascribe:

"...RESUELVE

> ***PRIMERO. - REVOCAR*** *la sentencia proferida el 22 de marzo de 2018 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que, negó el amparo de los derechos fundamentales que invocó el señor Álvaro Bonilla Guerrero. En su lugar,* ***CONFIRMAR*** *la decisión adoptada en primera instancia el 8 de febrero de 2018 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que accedió al amparo de los derechos del actor, por las razones expuestas en esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO. - DEJAR SIN EFECTOS*** *la sentencia dictada, el 27 de julio de 2017, por la Sección Segunda, Subsección "B" de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que negó las pretensiones del señor Álvaro Bonilla Guerrero de reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por éste.*
>
> *En consecuencia,* ***ORDENAR*** *a la Sección Segunda, Subsección "B" de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia,* ***profiera un nuevo fallo en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia 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.***
>
> ***TERCERO. -*** *Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991." Subrayas y negrita fuera de texto*

La parte resolutiva de mencionado fallo que se resalta, esta decisión de unificación trae consigo un efecto ***inter comunis*** que se extiende a los docentes de la educación pública como es el caso de los accionantes pertenecientes a esta entidad territorial, competencia que es exclusiva de la Corte Constitucional, como se halla en la **Sentencia SU349/19:**

> *"La decisión y órdenes contenidas en la parte resolutiva de las sentencias de tutela siempre tienen efectos "inter partes". Sólo en casos excepcionales es posible hacerlos extensivos a otros sujetos, por vía del establecimiento de los efectos "inter comunis" o "inter pares". El uso de estos "dispositivos amplificadores" es una competencia reservada a las autoridades judiciales que adoptan las providencias. Particularmente, la jurisprudencia vigente ha establecido que la determinación y aplicación de estas figuras* ***están autorizadas únicamente a la Corte Constitucional"****. Subrayas fuera de texto.*

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico y la hermenéutica se tiene como criterio auxiliar de interpretación a la doctrina, en Sentencia No. C- 083 de 1995, la Corte Constitucional ha realizado una amplia exposición del mismo, en este sentido ha reiterado la Corte el alcance de las decisiones que adopte la Corte Constitucional, entre otras la expresada en la Sentencia C-634 de 2011, por esta razón la Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sido insistente en las sentencias expedidas posterior a Octubre de 2018, el acatamiento de la línea de favorabilidad que se plantea para la aplicación de la ley 50 de 1990 a los docentes de la educación pública, con la finalidad de garantizar que a los trabajadores de la educación pública el pago de sus prestaciones al FOMAG, de esta manera el Fondo pueda atender oportunamente sus solicitudes, como lo ha conceptuado la Corte Constitucional:

> ***Es lógico exigir que, en el sistema anualizado, se requiera la afiliación y el pago oportuno del auxilio de cesantías, ya que la consignación es la manera de garantizar el pago oportuno y la protección ante los eventos de desempleo o para el acceso a vivienda y educación. Además, una lectura contraria que excluya a los docentes del goce de esta protección constituye una violación al derecho a la igualdad, en tanto se determina una distinción injustificada entre trabajadores del Estado.***

I. Indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975 no es aplicable a los docentes

Frente a esta afirmación, debemos insistir que el contenido normativo de la ley 50 de 1990, que se solicita por aplicación jurisprudencial a los docentes afiliados al Fomag que tenga su régimen de cesantía anualizado, se compone también de la indemnización contenida en la ley 52 de 1975, la cual hace parte integral del artículo 99 de la ley 50 de 1990, puesto que así se estableció en el artículo 3° del Decreto Reglamentario 1176 de 1991.

Continúa en este punto el a-quo, centra su atención en la inexistencia de cuentas individuales para cada docente, nosotros no estamos debatiendo esta situación, puesto que la manera en que

la Fiduprevisora S.A., administra los recursos del FOMAG, nada tienen que ver con la **NO CONSIGNACIÓN DE LOS RECUSROS DE LAS CESANTÍAS AL FOMAG POR PARTE DE LA DEMANDADA EL 15 DE FEBRERO DEL AÑO 2021.**

Es claro que, a los docentes como cualquier trabajador, al inicio de su vida laboral, deben afiliarlo a un Fondo donde se consignen sus cesantías, los aportes pensionales, servicio de salud, ARL, entre otros. Resulta que a diferencia de los demás trabajadores público y privados, el docente no tiene opción de elegir cual es el fondo de su preferencia, a los docentes obligatoriamente por ley se ha determinado que el fondo que maneja sus prestaciones es el FOMAG, no puede el docente por voluntad propia e independiente acudir al Fomag para su afiliación, este trámite lo realiza la entidad territorial nominadora y en muchos casos ha ocurrido que pasan años sin que se afilie al Fomag y todos sus derechos prestacionales son menoscabados, pero ese, no es nuestro debate, lo que se debe evaluar por parte de la jurisdicción es si el Fondo Prestacional recibe los recursos o no correspondientes a las cesantías, tal y como está estipulado en el numeral 4 del artículo 8 la ley 91 de 1989:

> ***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. *(....)*
>
> 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. *(.....)*
>
> 6. *El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4 de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales.*
>
> 7. *El porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de las prestaciones del Magisterio.*
>
> *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.*
>
> 8. *(.....)*

9. (.....).

> ***PARÁGRAFO 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.*

Los docentes a diferencia de los demás trabajadores de Colombia, no tienen la opción de elegir un fondo prestacional, tal como lo describimos a continuación:

CESANTÍAS ANUALIZADAS PARA LOS DOCENTES NACIONALES

- Decreto Nacional 3118 de 1968**,- *afiliación forzosa*** docentes nacionales, reconoce una cesantía anualizada y pago de intereses a las cesantías.

> ***" …. ARTÍCULO 27. Liquidaciones anuales**. Cada año calendario, contado a partir del 1o. de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado, liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados.*
>
> *La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse, aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.*

- La consignación de las cesantías a los empleados públicos del orden nacional – incluyendo los docentes, al FNA se determinó así:

> ***"… ARTÍCULO 49. Consignaciones anuales.** La Nación, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado deberán **consignar en el Fondo Nacional de Ahorro** las cesantías que a partir del 1o. de enero de 1969 se causen en favor de sus empleados y trabajadores.*
>
> *Lo dispuesto en el inciso anterior se cumplirá de la siguiente manera:*
>
> *a. Mensualmente, las entidades en referencia **deberán depositar en el Fondo** una doceava parte del valor de los pagos en favor de sus empleados y trabajadores por salarios y demás conceptos que se incluyan dentro de la base para liquidar el auxilio de cesantía, y*
>
> *b. Dentro de los primeros tres (3) meses de cada año, las referidas entidades **depositarán en el Fondo** la diferencia que resulte entre la liquidación de que trata el Artículo 27 y las sumas depositadas en desarrollo del literal anterior; o tendrán derecho a que el Fondo les abone en cuenta el exceso de lo depositado sobre la liquidación" (Subrayas fuera de texto original).*

Después de 21 años del Decreto Nacional 3118 de 1968, por la cual se creó el Fondo Nacional del Ahorro, se expide la ley 91 de 1989 por la cual se creó el FOMAG, el cual es un espejo del FNA.

La finalidad de la ley 91 de 1989, fue la creación del Fondo Prestacional del Magisterio y de esta manera unificar la entidad que pagaría las prestaciones de los docentes de la educación pública, extrayendo el modelo de liquidación de cesantía anualizada del Decreto - Ley la ley 3118 de 1968, para ser aplicado al sector del magisterio que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990. En el contenido de la ley se desarrolla, los sistemas de liquidación artículo 15 y las obligaciones de la Nación y las entidades territoriales:

> *" …. **ARTÍCULO 2.** De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:*

(….

I. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas en el período correspondiente al proceso de nacionalización (1 de enero de 1976 a 31 de diciembre de 1980), así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de la Nación o de las respectivas entidades territoriales o de las cajas de previsión, o de las entidades que hicieren sus veces. La Nación pagará, pero estas entidades contribuirán, por este período, con los aportes de ley, para la cancelación de las prestaciones sociales en los mismos porcentajes definidos en el artículo 3 de la Ley 43 de 1975.

II. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas y no pagadas en el período comprendido entre el 1 de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la presente Ley, serán reconocidas y pagadas por las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión social, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales estaba vinculado dicho personal.

***Pero para atender los respectivos pagos**, la Nación tendrá que hacer los aportes correspondientes, tomando en consideración el valor total de la deuda que se liquide a su favor, con fundamento en los convenios que para el efecto haya suscrito o suscriba ésta con las entidades territoriales y las cajas de previsión social o las entidades que hicieren sus veces.*

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

> ***PARÁGRAFO.*** *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley,* ***se reconocerán y pagarán*** *de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal."*

Es decir que el FOMAG, en sus inicios recogió los recursos que tenía el Fondo Nacional del Ahorro de los docentes nacionales por concepto de cesantías y en las cajas de previsión territoriales de los docentes no trabajaban con la nación, así como también se estableció la liquidación de las prestaciones a cargo de las entidades territoriales y de la nación (docentes nacionalizados). Recursos que sustentaron el nacimiento y su primera financiación, RESPESTANDO A LOS DOCENTES VINCULADOS ANTES DEL 1 DE ENERO DE 1990, SU REGIMEN DE RETROACTIVIDAD DE CESANTIAS Y MODIFICANDO, exactamente iguales los docentes que al resto de servidores públicos vinculados después del 1 de enero de 1990, UN REGIMEN ANUAL DE CESANTIAS, liquidando de manera idéntica las cesantías anualidades de los docentes que al resto de empleados públicos del país.

Seguidamente, se incluyen los dos (2) objetivos del FOMAG, de los cuales para el estudio del que hoy nos ocupamos es importarte resaltar:

> ***ARTÍCULO 5.*** *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:*
>
> *4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.*
>
> *5. Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.*

Es decir, que el fondo debe estar atento a recibir los recursos que corresponden al pago de las prestaciones de los docentes, por parte de la nación y demás entidades deudoras de las cesantías causadas hasta el 29 de diciembre de 1989 y hacía el futuro, recibir las cesantías de los docentes que se vincularan a partir del 1 de enero de 1990,

Ahora bien, en cuanto al FOMAG, se resaltan varias fuentes de financiación COMO EMPLEADOR (son muchas más, solo para entendimiento del problema), pero vamos a centrarnos en tres (3):

a) De un lado la Nación y las entidades territoriales deberán trasladarle las sumas, que de acuerdo con la liquidación de cuentas ordenadas por la ley resulten adeudar por causa de las prestaciones generadas y no exigibles con anterioridad al 31 de diciembre de 1989.

b) Y la segunda de la Nación como empleadora de TODOS LOS DOCENTES a partir del 1 de enero de 1990, obligada a realizar los descuentos mensuales de las nóminas del SGP – Ley 715 de 2001 artículo 18 parágrafo 1-, para ser girado al FOMAG, a más tardar el 30 de diciembre de cada año. Debería girarlo cada mes al FOMAG y así cuando el docente solicite sus cesantías, ya el 15 de febrero del año siguiente el docente cuenta con su saldo.

c) OTRA FUENTE DE FINANCIACIÓN es el aporte realizado del descuento de los docentes como trabajadores. A diferencia de la primera no se agotará por la cancelación de una suma previamente definida, sino que se reproducirá en el tiempo, a manera de contribución de tracto sucesivo, con la frecuencia con que sucedan los pagos de salarios, nóminas y liquidaciones anuales de cesantías.

La obligación del pago de las prestaciones sociales causadas a partir del 30 de diciembre de 1989, se ratificó en el decreto nacional 2563 de 1990:

> ***10. Artículo 9º. Las prestaciones sociales del personal docente nacional, que se causen a partir del 30 de diciembre de 1989, son de cargo de la Nación y serán pagadas por intermedio del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.***

Quiere significar esto, que la finalidad de la creación del FOMAG, es para la administración de los recursos, y que la Nación es la responsable de girar los recursos correspondientes a las prestaciones sociales de los docentes de la educación pública, entre ellas las cesantías.

La liquidación anualizada de las cesantías, comenzó a aplicarse a todo el personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990, ganando un interés anual, con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989. En las dos normas se establece la liquidación de cesantías anualizadas a 31 de diciembre, (Decreto Nacional 3118 de 1968 y Ley 91 de 1989) pero no el límite para la consignación en cada uno de los fondos.

Esta actuación **CONSIGNACIÓN AL FONDO CORRESPONDIENTE** solo vino a ser regulada por la ley 50 de 1990, donde se establece que el empleador a más tardar al 15 de febrero de cada año, se debe consignar los valores correspondientes a la cesantía causada a 31 de diciembre del año anterior, y del acervo probatorio, se puede extraer:

QUEDÓ PROBADO QUE EFECTIVAMENTE LAS ENTIDADES DEMANDADAS NO CONSIGNARON EL VALOR DE LAS CESANTÍAS DE MI REPRESENTADO AL FOMAG DENTRO DEL TÉRMINO ESTABLECIDO y en el transcurso del proceso centró su debate 2 puntos. La primera es que por pertenecer a un régimen especial en torno al reconocimiento de cesantías el patrono no está obligado a consignar las cesantías en el Fomag y segundo que, aunque estuviera obligado a cancelarlas cada año el 15 de febrero, no les aplicable la sanción por mora contenida en el art. 99 de la ley 50 de 1990.

Entonces h. Magistrado, para el estudio del tema en torno al debate planteado, se deben resolver con el contenido normativo y jurisprudencial, los siguientes interrogantes:

1. ¿PARA QUÉ SE CREÓ EL FOMAG EN EL AÑO DE 1989?

2. ¿CÓMO DEBÍA SER SU FINANCIACIÓN?

3. ¿QUÉ HACE EL FOMAG APENAS RECIBE LOS RECURSOS DE LAS CESANTÍAS? Unidad de Caja Art. 57

4. ¿QUE HA DICHO LA JURISPRUDENCIA EN TORNO AL TEMA?

5. ¿CÓMO SE HA DEFENDIDO LA ENTIDAD DEMANDADA?

6. El problema que existe frente a la tardanza en el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas cuando el docente las solicita, que los hace acreedores de la sanción por mora de la Ley 1071 de 2006, precisamente eso: QUE LOS RECURSOS NO SON GIRADOS POR EL MINISTERIO para financiar el Fomag y a la Fiduciaria le toca ir al MINISTERIO DE HACIENDA a solicitar adiciones presupuestales para ir sufragando tardíamente estos pagos. Fue necesario expedir el artículo 57 de la ley 1955 de 2019 para endeudar al estado con esto. ESTA ES UNA POSIBILIDAD REAL QUE ESTE DESPACHO ACABEMOS ESTA INUSUAL SITUACIÓN que le genera un detrimento patrimonial al estado y que crece todos los días por que la sanción es diaria mientras no se consignen los recursos al Fomag.

7. **¿CÓMO LOGRARON CONSEGUIR QUE LOS DOCENTES NO SE DIERAN CUENTA QUE NO LE ERAN CONSIGNADAS SUS CESANTÍAS EN EL FOMAG?** PUES 2 RAZONES, pues le prohibían reclamar sus cesantías y sacaron un acuerdo interno, una especie de circular donde establecen reclamar cesantías parciales cada 3 años, óigame bien honorable magistrado, **3 años después del pago** (Y EL PAGO SE DEMORABA AÑOS Y SOLO HASTA LA SENTENCIA DE UNIFICACION EXPEDDIA POR EL CONSEJO DE ESTADO EL 18 DE JULIO DE 2018, se comenzó a interpretar correctamente que a los docentes se les aplicaría mora en reconocimiento – antes podían asar 5 años o mas hasta el pago y no existía consecuencia contra el MEN) y en segundo lugar no se había unificado la jurisprudencia en torno a esta obligación y la consecuente condena ahora si de la ley 50 de 1990. Esta regulación ha sido declarada Nula en el proceso 11001-0325-000-2016-00992-00 por parte del Consejo de Estado, por ser inconstitucional, se ha determinado que debe anularse este acuerdo y sacarse del ordenamiento por soslayar los derechos a los docentes, pero el Ministerio de Educación se ha opuesto a esta decisión del órgano de cierre.

Fue toda una estrategia planificada desde el Ministerio de Hacienda, Ministerio de Educación Nacional, hasta el punto que todos los funcionarios que nombran el fomag, provienen de estos ministerios, como el es caso del Dr. JAIME ABRIL MORALES, que es el actúa Vicepresidente del FOMAG, que resguarda su mas guardado secreto, pueden consultar su historia laboral de SIGEP.

Un régimen especial se caracteriza por tener condiciones perse más beneficiosas que las del régimen general, por lo tanto, al aplicar a un régimen especial que cuenta con mayores beneficios, adendas 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 que solo por un azar no tienen una determinada condición, o vinculación y en consecuencia los beneficios que se imponen al primero.

- PERO ¿CUÁL ES LA DIFERENCIA DEL RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE UN SERVIDOR PÚBLICO Y DE UN DOCENTE? Pues ninguno. Se liquidan de la misma manera, se utilizan los mismos factores salariales, se causan en el mismo período, se utiliza la misma fórmula de liquidación, etc. ENTONCES, ¿POR QUÉ DEBEN CONSIGNARSE EN LOS FONDOS QUE FUERON DESTINADOS PARA ESTOS EFECTOS DE MANERA DIFERENTE? Pues por qué el FOMAG siempre ha sido el hijo del Ministerio de Educación nacional – como una cuenta especial – y pues nunca le ha reclamado el derecho que le asiste durante 32 AÑOS, PERO ESTO SE ACABÓ CON LA NUEVA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO Y DE LA CORTE CONSTIUCIONAL.

Adicionalmente, cabe anotar que, como quedó visto, una interpretación restrictiva de la aplicación de la sanción moratoria incurriría en un trato desigual de los docentes frente a otros trabajadores del Estado que gozan de la sanción como garantía de la prestación. Esta distinción viola el derecho a la igualdad toda vez que los docentes tendrían un derecho limitado por tener una categoría específica dentro de los trabajadores estatales, lo cual no constituye un motivo valido en sí mismo para negar su acceso.

Si bien se ajusta a la Constitución la creación de regímenes especiales, inclusive dentro de los trabajadores del Estado, en este caso se trata de una prestación exigible para todos los trabajadores, por lo cual la discusión está en su forma de garantía. El derecho a la igualdad exige que no se hagan distinciones injustificables entre sujetos asimilables. Los docentes hacen parte de los empleados públicos, a quienes, en general, les aplica la sanción moratoria. En tal medida, se trata de un escenario en el cual todos gozan de una prestación, el auxilio de cesantías, que garantiza la subsistencia ante el desempleo y el acceso a la educación y vivienda. Por ello, un acercamiento que disminuye la protección de la garantía a unos en perjuicio de los otros, viola el derecho a la igualdad.

Como se advirtió, los docentes se encuentran en la categoría de los empleados públicos y no existe razón que justifique que en su calidad de trabajadores no tengan derecho, de la misma forma que los demás servidores públicos, a que sus prestaciones sociales sean canceladas en tiempo. Una interpretación contraria no protegería a estas personas en la misma forma que a otros servidores públicos, lo cual tendría como consecuencia la restricción de su posibilidad de gozar de la garantía del pago oportuno del auxilio de cesantías y, a su vez, de las protecciones ya mencionadas que se derivan de esa prestación.

3) Una particularidad del FOMAG es que no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la vigencia anterior se descuenta del presupuesto de las entidades territoriales una doceava parte del SGP para reservar el valor del pasivo

prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías, en ese sentido hablamos de la necesidad que ESE DINERO QUE YA TIENE EN SU RECAUDO EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, simplemente debe consignarlo en el Fomag, para que sea administrado por la fiduciaria la Previsora, antes del 15 de febrero de cada año.

Si existen unos descuentos desde el año inmediatamente anterior, (tanto de los dineros que son girados cada mes a las entidades territoriales y además de eso el docente también se le aplican los descuentos desde el año anterior), lo que determina la ley, es que estos recursos sean girados al FOMAG, no puede la Nación retener dineros que constituyen la garantía del reconocimiento de las cesantías de los docentes.

No puede la Nación sólo realizar las respectivas apropiaciones, sino debe girar los recursos al fondo Administrador de los mismos, para que se garanticen las cesantías de los docentes (RECURSOS DESCONTADOS DESDE EL AÑO ANTERIOR), en este punto de la defensa queda demostrado que la nación no entrega al FOMAG, los valores que con anterioridad ya están descontados del presupuesto general de la nación o del Sistema General de Participaciones.

Es como justificar que en el servicio privado un empleador maneja a su antojo el valor de las cesantías de sus empleados y sólo las deposita en el fondo cuando sabe que el trabajador las va a solicitar.

En los extractos de cesantías individuales de cada docente, se puede evidenciar que en el FOMAG, **SÍ** existe una cuenta individual de cesantías para cada docente, las fechas en las que depositan el valor de los intereses a las cesantías, actuación que también se hace por fuera del término legal, PERO NO DE MANERA EFECTIVA LOS RECURSOS que le fueron descontados de las nóminas al SGP y a los propios docentes, lo que lo hacen acreedores a una SANCIÓN POR MORA EN LAS CESANTÍAS POR CONSIGNACIÓN INOPORTUNA DE LAS MISMAS como lo ha determinado expresamente el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

CRITERIO UNIFICADO DEL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE CONSTITUCIONAL

Desde aproximadamente una década, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, han llevado a cabo estudios donde han extendido a los docentes de la educación pública, los efectos de normas de carácter general, como ocurrió en el caso de la Ley 1071 de 2006, este direccionamiento de la jurisprudencia se da, posterior a la calificación de la labor docente dentro del servicio público, al estar vinculados a la rama ejecutiva del poder público, no son trabajadores de menor categoría y por esta razón le son aplicables normas del régimen general, cuando dentro de su normatividad, no se encuentre regulado, así se establece la **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B,** teniendo como **Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ,** en provicencia del **dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018),** con **Rad**icado **No.: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15),** donde funge como **Actor: JORGE LUIS OSPINA CARDONA** y como **Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DEL**

TOLIMA, en el Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho, que produjo Sentencia de unificación sanción moratoria por pago tardío de las cesantías – aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial.

> *28. Así, en algunas oportunidades la Sección Segunda del Consejo de Estado señaló que no existe ninguna razón para excluir a los docentes del sector oficial del derecho al pago oportuno de las cesantías desarrollado en dicho precepto legal, al considerar que al igual que los demás servidores públicos comprendidos en el marco del artículo 123 de la Constitución Política, estos son sujetos destinatarios de la sanción moratoria prevista en dichas disposiciones a modo de correctivo represivo e inclusive preventivo, dada la importancia de dicha prerrogativa laboral – cesantías, así como en aras de materializar el derecho a la igualdad y el principio in dubio pro operario, previstos en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política.*

Acompasado de esta línea jurisprudencial, se sostiene la Sentencia de Unificación 098 de octubre de 2018 de la Honorable Corte Constitucional y al unísono el Consejo de Estado, en diversas sentencias de casos similares, los cuales pueden ser consultados en el siguiente enlace:

https://drive.google.com/drive/folders/1zTK_OVzm2UBO1g2sYpXXqLkmo6RedLB?usp=sharing

En la providencia de nueve (9) de mayo de dos mil veintidós (2022), contenida en el enlace de la cual se tiene por CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS Bogotá, D.C., Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Radicación: 08001-23-33-000-2017-00795-01 (2659-2020) Demandante: Osiris Yaneth Pacheco Rodríguez Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FNPSM y otros Temas: Sanción moratoria, consignación de cesantías anuales docentes, se extrae:

> *"Sin embargo, por vía de acción de tutela, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso.*
>
> *…*
>
> *Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.*
>
> *…*

El anterior lineamiento es consonante con las Sentencias C-634 de 2011 y C-816 de 2011, que reiteraron el carácter vinculante de la jurisprudencia de las altas Cortes y que las sentencias de unificación constituyen una nueva norma que pasa a integrar el ordenamiento jurídico, porque se ocupan de la interpretación de la ley formalmente considerada con miras a su aplicación obligatoria, con ello se convierten en fuente viva del derecho y se materializan la igualdad, buena fe, seguridad jurídica y la garantía de la imparcialidad en las decisiones judiciales.

…

F A L L A:

Primero. ***Revocar el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia proferida el 30 de octubre de 2019 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que declaró «probadas las excepciones de inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, cobro de lo no debido, inaplicabilidad del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la Ley 344 de 1996». En su lugar, se dispone: Declarar probada la excepción de prescripción extintiva de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías de los años 2001, 2002 y 2003, reclamada por la señora Osiris Yaneth Pacheco Rodríguez, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones que anteceden.***

Nótese, que la importancia jurídica de esta Sentencia, donde revoca la decisión de primera instancia, que declara ***«probadas las excepciones de inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, cobro de lo no debido, inaplicabilidad del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la Ley 344 de 1996****» (identidad con la sentencia de primera instancia)*y en su lugar dispone ***Declarar probada la excepción de prescripción extintiva de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías de los años 2001, 2002 y 2003.*** Significa que la docente si tenía derecho a la aplicación del artículo 99 de la ley 50 de 1990, pero ha sido el trascurso del tiempo lo que no ha permitido acceder a las pretensiones por la afectación de la prescripción extintiva, la cual no se configura en este caso concreto.

De esta manera, queda fundamentado las razones por las que la decisión de primera instancia, debe ser revocada y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda, por cuanto las entidades encargadas de **CONSIGNAR LOS RECURSOS DE LAS CESANTÍAS DEL AÑO 2020 PARA MI MANDANTE, AL FOMAG, HAN EXCEDIDO LOS TÉRMINOS LEGALES,** y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente, como se ha demostrado a lo largo de este recurso.

Al respecto es precioso hacer un análisis sobre seguridad jurídica:

La seguridad jurídica es reconocida en Colombia como un principio que debe predicarse de algo concreto, que abarca tanto lo público como lo privado, en la parte orgánica del Estado ofrece

parámetros esenciales, en el estado social de derecho es una garantía que tiene estrecha relación con la legalidad y la buena fe.

Cuando los conflictos son sometidos a una decisión judicial deberán ser decididos en los términos perentorios establecidos por la ley, ya que este precepto tiene estrecha relación con los principios constitucionales.

> *Dentro de las relaciones de derecho, el debido proceso, tanto judicial como administrativo, es un mecanismo por medio del cual se garantiza la seguridad jurídica. En efecto, un proceso justo conduce necesariamente a no permitir las situaciones difusas y, sobre todo, la indefinición jurídica. Lo contrario, es decir, la indeterminación, quebranta todo concepto de justicia, pues no sería posible conocer o concretar la situación o el sujeto jurídico que se pretende proteger. Someter a una persona a un evento basado en la contingencia y en la incertidumbre, significa que ese individuo carecería de un fundamento suficiente para gozar y exigir el respeto de sus derechos. Lo anterior seria desconocer el deber del Estado de proteger la vida, honra, bienes, derechos y creencias de los asociados (Art. 2o. C.P.), así como la obligación de toda persona y de todo ciudadano colombiano de respetar los derechos ajenos, de obrar conforme al principio de seguridad social, de respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas y de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia (Art. 95 nums. 1o., 2o., 3o. y 7o.). (C. Const.T-284/94 M.P. V. Naranjo).*
>
> *Sobre la seguridad jurídica se consigna en la sentencia T-502 de 2002: "3. La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta // La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas. (C. Const. C-250/12 M.P. H. Sierra).*

La Honorable Corte Constitucional ha determinado:

> *"C-284-2015*
>
> *Esta postura permite identificar los intereses constitucionales comprometidos con la salvaguarda de la seguridad jurídica en la actividad judicial: su garantía permite a los ciudadanos prever las reglas que les serán aplicadas. La estabilidad en la interpretación y aplicación del derecho es una condición necesaria de la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos (art. 2) dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite. Al fundamento de la seguridad jurídica también concurre el principio de la buena fe que impone a las autoridades del Estado, el deber de actuar de manera coherente y de abstenerse de defraudar la confianza que depositan en ellas los ciudadanos (art. 83). También el reconocimiento de la seguridad jurídica se apoya en la cláusula de Estado de Derecho (art. 1)* ***en tanto permite que las autoridades judiciales adopten las decisiones con apoyo en reglas preexistentes y no con fundamento en su propia voluntad.***
>
> *ACTUACIONES JUDICIALES-Instrumentos para preservar seguridad jurídica y derecho a la igualdad fijados por ordenamiento y jurisprudencia constitucional*

En atención a la importancia que tiene entonces preservar la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad en las actuaciones judiciales, el ordenamiento constitucional y la jurisprudencia de esta Corporación, han fijado varios instrumentos con ese propósito. ***En primer lugar, la Constitución reconoce que la actividad de los jueces está sometida al imperio de la "ley" lo que constituye no solo una garantía de autonomía e imparcialidad, sino también de igualdad en tanto el punto de partida y llegada de toda la actuación judicial es la aplicación de la "ley". En segundo lugar y en estrecha relación con lo anterior, la ley –tal y como ocurre por ejemplo con la 153 de 1887- establece un conjunto de pautas orientadoras para resolver los diferentes problemas que se suscitan al interpretar y aplicar las normas jurídicas. En tercer lugar, la Constitución ha previsto órganos judiciales que tienen entre sus competencias la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico. En cuarto lugar, los pronunciamientos de esta Corporación han ido incorporando un grupo de doctrinas que, como ocurre con las relativas a la cosa juzgada y al deber de respeto del precedente judicial, tienen entre sus propósitos garantizar la estabilidad de las decisiones y reglas judiciales fijadas con anterioridad. En quinto lugar, algunos estatutos como la Ley 1437 de 2011 incorporan normas que tienen por propósito asegurar la eficacia de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado a través, por ejemplo, de su extensión (arts. 10 y 102).***

La seguridad jurídica en los términos expuestos se vincula con la igualdad de trato establecida por el artículo 13 de la Carta al prescribir que todas las personas recibirán la misma protección y trato de las autoridades. En efecto, si las decisiones judiciales no fueran previsibles o las reglas y soluciones adoptadas en el pasado resultaran cambiantes e inestables, los ciudadanos no podrían esperar que el asunto que someten a la jurisdicción sea resuelto de la misma forma. Así las cosas, seguridad jurídica es una condición necesaria para garantizar el mandato de igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta (…)" (**Negrita y subrayado fuera de texto original)**

Presupuestos de la seguridad jurídica: Sobre este particular, el autor español Juan Bolas Alfonso (1993) hace una clarísima clasificación que distingue entre los presupuestos objetivos y aquellos que considera de carácter subjetivo. Como presupuesto objetivo de la seguridad jurídica menciona solamente uno que denomina escuetamente "la ley aplicable" y que debe reunir los siguientes requisitos:

"1. Que exista una ley aplicable...;

2. Que la ley se publique de forma que sea conocida por todos;

3. Que la ley sea clara...;

4) Que la ley esté vigente y no sea alterada por normas de inferior rango y se aplique a los hechos acaecidos con posterioridad a dicha vigencia...;

5) Que la aplicación de la ley esté garantizada por una Administración de Justicia eficaz..." (p. 43). (Arrazola, 2014).

Como apoderados de los docentes, hemos sido respetuosos de las líneas jurisprudenciales de las altas Cortes, así que se acatan las decisiones de juzgados y tribunales, por esta razón se ha hecho un estudio juicioso para el fundamento de las pretensiones de esta demanda.

De acuerdo a las anteriores elucubraciones, quedan planteados los fundamentos que alteran la presunción de legalidad del acto administrativo demandado ante la evidente interpretación desfavorable asumida por el a-quo, por lo que conforme a los elementos de juicio que reposan en el expediente y los que se pretenden hacer valer mediante el recurso de alzada, se solicita a los Honorables Magistrados, acceder a las siguientes:

PETICIONES

PRIMERO: Se **REVOQUE** la decisión contenida en la providencia del **19 DE DICIEMBRE de 2022**, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartago.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior se declare la nulidad del acto administrativo demandado, que negó las pretensiones incoadas por mi prohijada.

TERCERO: Declarar la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día **3 DE NOVIEMBRE DE 2021**, frente a la petición presentada ante **SECRETARIA DE EDUCACION DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, el día **3 DE AGOSTO DE 2021**, mediante la cual se niega el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración:

1. Condenar a la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG y la entidad territorial de SECRETARIA DE EDUCACION DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

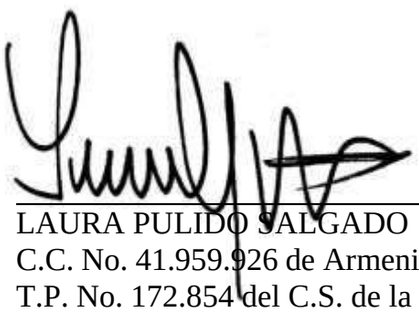
2. Condenar a la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG y la entidad territorial de SECRETARIA DE EDUCACION DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el

año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

3. Condenar a la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG y a la entidad territorial de SECRETARIA DE EDUCACION DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA,** al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG y a la entidad territorial de SECRETARIA DE EDUCACION DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA,** al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

Atentamente,



LAURA PULIDO SALGADO
C.C. No. 41.959.926 de Armenia (Q)
T.P. No. 172.854 del C.S. de la J.

Colibri
Systems

Certificado de peritaje forense digital

Yo, Elvis Peña Galindo, perito en Informática Forense, con Cédula número 1014252607, debidamente acreditado y reconocido por Duriva SA de CV, a solicitud realizada por la Dra Laura Pulido de fecha 15 de mayo de 2023 a este profesional, se procede a revisar el correo electrónico, con el fin de identificar lo acaecido con dicho buzón en el mes de diciembre actuando con total imparcialidad, confidencialidad e independencia en el asunto referente a la auditoría del correo electrónico notificacionescartago@lopezquinteroabogados.com, por la presente

CERTIFICO:

Que en cumplimiento del encargo realizado por Laura Pulido Salgado, se ha llevado a cabo la auditoría de la dirección de correo electrónico mencionada anteriormente, con arreglo a las normas de Informática Forense y de acuerdo con los estándares de la industria.

La auditoría se realizó siguiendo las siguientes etapas:

Adquisición de evidencia digital: Se procedió a recoger y preservar la información relacionada con el correo electrónico en cuestión.

Análisis forense: Se llevó a cabo un exhaustivo análisis de los datos obtenidos, utilizando técnicas y herramientas forenses apropiadas.

Reporte de hallazgos: Basándonos en los resultados del análisis, se preparó un informe detallado que incluye nuestras observaciones y conclusiones.

Elvis Peña Galindo cc 1014252607
Perito Informático Forense

Colibri Systems

Resultado de análisis

Según los resultados de nuestro análisis, no se encontró evidencia de correos entrantes.

Teniendo en cuenta la notificación recibida el día 16 de mayo de 2023 donde argumentan con una captura de pantalla adjunta, que el correo fue debidamente enviado, podemos concluir que esta notificación carece de evidencia científica, ya que dicha captura pudo haber sido editada o manipulada, mi conclusion cientifica es que partiendo del onus probandi, no se recibieron los correos mencionados.

Este certificado se expide a los 23 días del mes de 05 de 2023 para los fines que al interesado convenga.

Elvis Peña Galindo cc 1014252607