



MEDELLÍN, 25 DE AGOSTO DE 2023

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – LABORAL -
DEMANDANTE	MALCA IRINA GOMEZ SIERRA
DEMANDADO	NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y otro
RADICADO	05001 33 33 009 2022 00124 01
INSTANCIA	SEGUNDA
SENTENCIA	133
DECISIÓN	CONFIRMA
ASUNTO	<i>SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990. artículo 99 e 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.</i>

El artículo 115 de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010 faculta a los Jueces, Tribunales, Altas Cortes del Estado, Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura para que cuando existan precedentes jurisprudenciales conforme al artículo 230 de la Constitución Política, el canon 10 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, puedan fallar o decidir casos similares que estén al Despacho para fallo, sin considerar el turno de entrada o de ingreso de los citados procesos, según lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998; en consecuencia, por estar el presente caso inmerso en una de las causales descritas, no se atenderá el turno y se procederá a emitir decisión de fondo.

Por lo tanto, procederá la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la PARTE ACTORA, contra la sentencia de primera instancia que NEGÓ las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1 Demanda

DEMANDADO	NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y otro
RADICADO	05001 33 33 009 2022 00124 01

A través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó la señora **MALCA IRINA GOMEZ SIERRA** a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, solicitando se decrete lo siguiente:

- ✓ La nulidad de la Resolución **ANT 2021EE038037 DEL 18 DE SEPTIEMBRE DE 2021** por medio de la cual se niega el reconocimiento y pago de la SANCION MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecidas en la ley 50 de 1990, así como también 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.

A modo de restablecimiento del derecho solicita:

- ✓ Declarar que tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora y la indemnización antes enunciada.
- ✓ Los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción e indemnización.
- ✓ Los intereses moratorios
- ✓ Así mismo, solicita dar cumplimiento al fallo en los términos del art. 192 y siguientes del CPACA y que se condene en costas a las demandadas.

1.2. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG-
(Expediente electrónico C01 carpeta Doc.06 Contestación).

“La demanda se encuentra fundada en supuestos de hecho falsos e inexistentes: El demandante, cuando plantea la secuencia de los supuestos de hecho en los cuales fundamenta sus pretensiones, hace referencia a apartes normativos inexistentes. Concretamente, el hecho tercero de la demanda señala que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 modificó la Ley 91 de 1989, y que, a partir de su entrada en vigencia, las entidades territoriales, según el demandante, deben pagar intereses de cesantías antes del 30 de enero y consignar las cesantías en

DEMANDADO	NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y otro
RADICADO	05001 33 33 009 2022 00124 01

una cuenta individual del docente antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente a la que fueron causadas.

La simple lectura del tenor literal del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 permite a cualquiera evidenciar que no existe en el texto normativo mención alguna a estos aspectos, ya que la norma jamás se refiere a fechas y mucho menos a cuentas individuales de los docentes en el FOMAG. Esta norma se contrae a indicar que “las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”. En conclusión, se observa que, la forma en que se plantean los hechos de la demanda, peligrosamente intentan desviar la atención de la administración de justicia, generando confusión respecto de lo que expresamente se encuentra previsto en el artículo 57 en mención.

Las pretensiones de la demanda contrarían los beneficios que tienen los docentes del FOMAG:

Dentro de las peticiones de la demanda, se observa que, en el numeral segundo, el apoderado solicita que los intereses de las cesantías del docente se tramiten bajo el amparo de las normas establecidas para los trabajadores particulares. Esta posición, desconoce y pasa por alto que la norma especial prevista para los docentes del FOMAG, esto es, el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, resulta mucho más beneficiosa para la demandante en materia de liquidación de intereses, hecho que aritméticamente se comprobará en la presente contestación de demanda.

Por tanto, el apoderado de la demandante, en procura de unos beneficios que eventualmente podrían generarse en el hipotético caso de un fallo favorable, solicita la aplicación que en demasía merma los beneficios que en materia de intereses ostenta el trabajador del sector educativo que concurre a la presente demanda

Una vez consultado el aplicativo oficial del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONESSOCIALES DEL MAGISTERIOS, se puede evidenciar que el docente se encuentra afiliado al FOMAG, con VINCULACION NACIONAL, secretaria de educación de Medellín.

Con lo anterior se acredita que el docente MALCA IRINA GOMEZ SIERRA se encuentra afiliado al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 812 de 2003, por consiguiente, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

De otro lado, y si se llegase a estudiar la procedencia al pago de la sanción mora por consignación extemporánea de los intereses a las cesantías, resulta imperioso resaltar que según se desprende del certificado de extracto de intereses a las cesantías, la anualidad 2020 fue pagada al docente el 27 de marzo del año 2021, es decir, dentro de los tiempos señalados en el artículo 4 del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO tal como se refleja en el extracto de cesantías.

Concluyendo:

DEMANDADO	NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y otro
RADICADO	05001 33 33 009 2022 00124 01

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

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

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

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

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

Propone como excepciones i) Falta de legitimación en la causa por Pasiva ii) inexistencia de la Obligación iii) Inexistencia del hecho reclamado iv) Buena fe.”.”.

1.3 DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA (No contestó la demanda).

1.4 DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia **No. 209 del 19 de diciembre de 2022 el Juez Noveno Administrativo Oral del Circuito de Medellín**, negó las pretensiones formuladas por la parte demandante (C01 Doc. 018), lo que fundamentó así:

“(…)Conclusión de lo que hasta acá se ha expuesto: la Ley 91 de 1989, consagra la existencia del pago de cesantías e intereses a las cesantías para los docentes según su estado y fecha de vinculación, empero en ninguno de sus acápite llega a determinar beneficios o sanciones diferentes a las allí previstas, de manera tal que, existiendo un régimen salarial y prestacional especial para el personal docente, no es dable tomar articulados de otras normativas creadas para otro tipo de trabajadores, e insertarlos caprichosamente en el mismo, a menos claro está, que exista norma previa que expresamente así lo determine.

En este aspecto, como ya se ha manifestado en precedencia, para este Despacho, no es dable aplicar la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la indemnización del artículo 1° de la Ley 52 de 1975 a los servidores públicos docentes, no solo porque no resultan compatibles con su régimen especial de cesantías, sino igualmente, porque no existe una norma como la ya mencionada

DEMANDADO	NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y otro
RADICADO	05001 33 33 009 2022 00124 01

Ley 1071 del 2006 que así lo determine, y, además, con ello se estaría creando un macro régimen salarial, prestacional y sancionatorio, inexistente en nuestro sistema normativo, integrado por la unión de normas del régimen público general, el régimen público especial y el régimen aplicable a los particulares.

Como colofón de lo expuesto, como se ha establecido que el régimen de las cesantías aplicable a la parte demandante es el anualizado en aplicación de la Ley 91 de 1989, resultando incompatible aplicar las normas de la Ley 50 de 1990 y Ley 52 de 1975, se negarán las pretensiones de la demanda al encontrarse probadas las excepciones formuladas por la parte demandada relacionadas con la inexistencia de las obligaciones jurídicas reclamadas y la legalidad del acto acusado, por lo que es innecesario pronunciarse sobre las demás excepciones propuestas..”.

1.5 RECURSO DE APELACIÓN

La **PARTE ACTORA** impugna la sentencia¹; señalando no estar de acuerdo con la decisión de instancia que consideró que los docentes al tener un régimen especial no les es aplicable la Ley 50 de 1990, situación revaluada en la sentencia SU-098 de 2018.

Indicó que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, están direccionadas a proteger los derechos prestacionales vulnerados durante mucho tiempo y que al ser los docentes servidores de la Rama Ejecutiva se hace viable reconocer las pretensiones reclamadas.

Al respecto citó la sentencia proferida en la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda - Subsección A Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández, en del veinte (20) de enero de dos mil veintidós (2022) Radicado: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021) para señalar que un régimen especial no puede traer inmerso condiciones menos favorables que el general, pues su finalidad es mejorar y dar un plus de condiciones, por lo que al no regular una situación específica es dable traer del régimen general la norma que cubra ese vacío normativo, interpretación que es aplicable al asunto según las Sentencias C-741 de 2012 y C-486 de 2016 en las que se dispuso que los docentes oficiales se equiparan a los servidores públicos bajo la modalidad de empleados públicos, y por ello les es aplicable el régimen general en aquello que no se encuentra regulado en el régimen especial.

¹ Expediente Electrónico C01 Carpeta Doc. 022 Apelación

DEMANDADO	NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y otro
RADICADO	05001 33 33 009 2022 00124 01

Respecto al pago de los intereses a las cesantías citó el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 cuya finalidad es procurar que los docentes mantengan quietos los recursos de las cesantías, puesto que, a mayor acumulado, más alta es la liquidación de sus intereses anuales, pero la realidad es que el docente retira sus cesantías con cierta periodicidad para cubrir sus necesidades, como el resto de empleados públicos y privados.

Reiteró que jurisprudencialmente se ha concluido que a los docentes se les debe consignar los recursos de sus cesantías en el único Fondo establecido para los trabajadores de la educación y en los términos establecidos en el artículo 99 de 1990 (sic) y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma.

Manifestó que cuando se expidió la Ley 91 de 1989, ni siquiera había sido expedida la Ley 50 de 1990, y que estas normas establecieron la afiliación de empleados y docentes vinculados después del 1 de enero de 1990 para efectos del reconocimiento de las cesantías, sin que el Ministerio de Educación Nacional hubiese cumplido con dicha obligación. Seguidamente se refirió a la competencia de las entidades en torno a la consignación de los recursos para el pago de las cesantías y que una cosa es el reconocimiento y otra la consignación de las cesantías.

Reiteró que lo solicitado en esta oportunidad es la indemnización moratoria generada por cuanto la Nación cada 15 de febrero debe consignar al fondo el valor correspondiente a las cesantías de los trabajadores (art. 99 Ley 50 de 1990) y el FOMAG se retrasa en el pago por la omisión de la Nación – Ministerio de Educación Nacional en poner a disposición los recursos.

Argumentó que a los docentes no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el FOMAG cada 15 de febrero de cada año, sino a que los intereses a las cesantías sean pagados antes del 31 de enero de cada año, y en tanto en la Ley 91 de 1989 no están parametrizados estos términos, existe una anomia o vacío normativo que se suple con la norma general, de conformidad con la línea jurisprudencial establecida por la Corte Constitucional en SU 098 de 2018 acogida por el Consejo de Estado en sentencia del 06 de agosto de 2020, exp. 0833-16.

De otra parte, hizo un recuento normativo en torno al funcionamiento del Fondo Nacional y las fuentes de financiación, para concluir que su finalidad

DEMANDADO	NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y otro
RADICADO	05001 33 33 009 2022 00124 01

es la administración de los recursos que debe girar la Nación para cubrir las prestaciones sociales de los docentes, entre ellas, las cesantías, actuación que indicó solo se reguló con la Ley 50 de 1990.

Igualmente insistió en la existencia de un criterio unificado del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en torno al tema para concluir que la decisión apelada debe ser revocada y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda, por cuanto las entidades encargadas de consignar a la demandante los recursos de las cesantías del año 2020 excedieron los términos legales.

1.6 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Judicial 114 Judicial II adscrito a la Sala, se abstuvo de conceptuar en el presente asunto.

2. CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Según lo establecido en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo de Antioquia es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra las sentencias dictadas en Primera Instancia por los Jueces Administrativos.

2.- Problema jurídico.

En atención a las anteriores consideraciones, corresponde a la Sala establecer si es procedente revocar la sentencia impugnada, definiendo si procede: **i)** El reconocimiento y pago de la **sanción por mora** en los términos establecidos en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, **ii)** El reconocimiento y pago de la **indemnización**, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto nacional 1176 de 1991, todo, en consideración a la calidad de docente del (a) demandante.

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio estableciendo que las obligaciones allí consagradas, entre ellas, las prestaciones sociales de los docentes, estarían a cargo de la Nación y

DEMANDADO	NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y otro
RADICADO	05001 33 33 009 2022 00124 01

de los entes territoriales y serían pagadas por el fondo- artículos 2º, 4º y 5º-.

En cuanto al régimen prestacional de los docentes, dicho compendio normativo estableció que los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 estarían sujetos a lo dispuesto en dicha norma. En relación con las cesantías precisó:

"Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...)

"Cesantías:

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

B. para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 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 al 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."

Como puede verse en el ordenamiento jurídico, a los docentes vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 se les aplica un sistema de cesantías con retroactividad y aquellos vinculados con posterioridad, se le consagró un régimen anualizado; así mismo, se reguló el pago de intereses sobre el saldo de las cesantías, pero no se consagró la sanción por mora en la consignación tardía de las cesantías, asunto que está previsto en otras normas así:

- La ley 50 de 1990, señala:

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

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

DEMANDADO	NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y otro
RADICADO	05001 33 33 009 2022 00124 01

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

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

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

- La ley 344 de 1996, que establece:

ARTÍCULO 13º.- *Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:*

*a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la **relación laboral**;*

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo;

*<Inciso 3o. INEXEQUIBLE> **Subrayado declarado Inexequible.** [Sentencia C-428 de 1997]. Corte Constitucional.*

PARÁGRAFO.- *El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.*

- El Decreto 1582 de 1998, consagra:

ARTÍCULO 1º.- *El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 **que se afilien a los fondos privados de cesantías**, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.*

PARÁGRAFO.- *Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998.*

- Finalmente, está el Decreto 1252 de 2000, que dispone:

“ARTÍCULO 1º. *Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías. **Parágrafo.** Los fondos o entidades públicas, incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo. Ver Art. 3º Decreto Nacional 1919 de 2002”*

DEMANDADO	NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y otro
RADICADO	05001 33 33 009 2022 00124 01

De las normas citadas, se infiere la existencia de un régimen especial para el pago de las cesantías e intereses por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que se mantuvo con la Ley 812 de 2013 cuando en el art. 81, dispuso: "*El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*", disposiciones normativas que en todo caso, no consagran una sanción moratoria por consignación tardía de las cesantías.

Ahora la ley 50 de 1990 consagró una sanción por incumplimiento en la consignación de las cesantías que, donde señaló, beneficiaba a empleados con contrato de trabajo, es decir, trabajadores de derecho privado, y posteriormente fue extendido a empleados territoriales vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se encontraban afiliados a fondos privados.

Finalmente, mediante el Decreto 1252 de 2000 se extendió a empleados públicos, trabajadores oficiales y fuerza pública vinculados a partir del 30 de junio de 2000, lo dispuesto en las leyes 50 de 1990 y 344 de 1996.

Obsérvese como la normativa citada, lleva a finiquitar que a los docentes no le aplica la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, pues no son trabajadores con contratos de trabajo ni afiliados a un fondo privado, y tal como lo señala la ley 344 de 1996, su regulación se aplica "**Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989,**" lo que significa que no se subrogó en las disposiciones consagradas en esta última ley, como tampoco lo hizo el Decreto 1252 de 2000, pues en este tampoco se estableció ninguna derogatoria.

Aunado a lo anterior se debe precisar que la naturaleza del FOMAG es diferente a la de los fondos administradores de cesantías de la ley 50 de 1990, para lo que elabora un paralelo con la ley 91 de 1989 que muestra la diferencia entre ambos fondos; veamos:

FOMAG Ley 91 de 1989	FONDOS LEY 50 DE 1990
<i>Es un fondo especial a cargo de la nación, con una pluralidad de fuentes, que corresponden, entre otras, a los realizados a través de los descuentos a los afiliados y los aportes de la Nación y las entidades</i>	<i>Recursos aportados por terceros – trasladados por los empleadores a favor de sus trabajadores.</i>

DEMANDADO	NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y otro
RADICADO	05001 33 33 009 2022 00124 01

<p><i>territoriales. Es decir, durante la vigencia presupuestal respectiva se reserva el pasivo prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías.</i></p>	
<p><u><i>Unidad de caja Dicho principio nos dice que con el recaudo de todos los ingresos se conforma un fondo común. Los valores correspondientes a las cesantías no se consignan, sino que están presupuestados y trasladados al fondo.</i></u></p>	<p><i>Cuentas individuales Garantizan rendimientos financieros.</i></p>
<p><i>En el mismo fondo confluyen la calidad de i) obligado al reconocimiento de la prestación y ii) pagador directo de ésta</i></p>	<p><i>No tienen la calidad de empleadores ni están obligados a garantizar el cumplimiento de la obligación laboral, porque solo se encargan de recibir el dinero cuando el empleador cumple con su obligación legal. Es administrador de las cesantías consignadas por los empleadores públicos o privados</i></p>
<p><i>Para los docentes el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el encargado de hacer el pago del auxilio de las cesantías causadas anualmente o proporcionalmente por fracción de año laborado. El Decreto 3752 de 2003 en su artículo 5 establece el procedimiento para la apropiación de los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG y con los cuales se pagará entre otros, las cesantías así:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>•Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.</i> <i>•Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.</i> <i>•Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo</i> 	<p><i>Se establece un procedimiento a cargo del empleador: i) Liquidar el valor de la cesantía el 31 de diciembre de cada año o al momento de terminar el contrato si ello sucede antes. ii) Pagar al trabajador un interés anual o proporcional, según el caso. iii) Consignar el valor liquidado por cesantías antes del 15 de febrero del año siguientes en el respectivo fondo elegido por el empleado. Si no cumple con ello, deberá pagar una sanción de 1 día de salario por cada día de retardo. iv) Si al terminar la relación laboral hay saldos no entregados al fondo, el empleador los pagará di</i></p>

DEMANDADO	NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y otro
RADICADO	05001 33 33 009 2022 00124 01

Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG-.
•En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan procedimiento que se realizará dentro de los 60 días siguientes a la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial.

3.2. Posiciones jurisprudenciales respecto a la aplicabilidad de la sanción por mora originada en la consignación tardía de los recursos para el pago de las cesantías a los docentes.

Como quiera que en el asunto se invocó como sustento de las pretensiones distintos pronunciamientos de las altas Cortes que fueron descartados en la sentencia de instancia, se convierte en forzosa la revisión de la línea que se ha trazado en la materia.

Sentencia C-928 de 2006: La Corte resolvió;

“...En el caso concreto del régimen especial de los docentes, el cual abarca tanto aspectos de seguridad social, como lo es el suministro de servicios médico-asistenciales y de pensiones, como prestacionales, tales como el régimen de cesantías y vacaciones, la Corte estima que las líneas jurisprudenciales señaladas resultan ser plenamente aplicables en el sentido de que la existencia de un régimen propio o especial para unos determinados trabajadores no resulta per se violatorio del principio de igualdad, En suma, los docentes cuentan con un régimen especial en materia de cesantías, pensiones y salud, sistema que debe ser entendido como un todo, sin que sea dable examinar aisladamente cada de una de ellas, y en tal sentido, prima facie, no resultan comparables la manera como se administran, liquidan y cancelan las cesantías de los docentes con aquéllas de los trabajadores sometidos a la Ley 50 de 1990. (subrayas propias).

Sentencia C-486 de 2016, La Corte señaló:

“En consecuencia, los docentes oficiales se encuentran exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993 y del artículo 98 de la Ley 50 de 1990, que modificó el Código Sustantivo del Trabajo y estableció un nuevo régimen para el pago de cesantías.
En conclusión, el pago de las cesantías del personal docente causadas desde la promulgación de la Ley 91 de 1989 sigue la normatividad aplicable a los empleados del sector público del nivel nacional”.

Sentencia SU-98 de 2018, la Corte Constitucional precisa que:

DEMANDADO	NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y otro
RADICADO	05001 33 33 009 2022 00124 01

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

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

Sentencia SU-332 de 2019: La Corte Constitucional realizó la revisión de varios asuntos de tutela promovidos por la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, y de los principios constitucionales de seguridad jurídica y confianza legítima como consecuencia de las decisiones adoptadas dentro de procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en los cuales fueron negadas las pretensiones de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por retardo en el pago de las cesantías establecida en la Ley 1071 de 2006 señalando:

“62. El artículo 53 de la Constitución Política establece los principios del derecho al trabajo, los cuales están dirigidos a proteger a la parte más débil de la relación laboral. A partir de ellos, se garantiza la aplicación de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la interpretación de las fuentes formales del derecho. En concordancia, el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo establece que en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador.

Al respecto, esta Corporación ha señalado que existen dos principios hermenéuticos, que se encuentran relacionados entre sí, a saber: i) favorabilidad en sentido estricto; e ii) in dubio pro operario o también denominado favorabilidad en sentido amplio. A su vez, ha considerado que, derivado de la prohibición de menoscabo de los derechos de los trabajadores, se desprende iii) la salvaguarda de las expectativas legítimas mediante la aplicación del criterio de la condición más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social. El principio de favorabilidad se aplica en los casos en que existe duda sobre la disposición jurídica aplicable, en tanto se encuentran dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho.”

4. Del caso concreto.

4.1 De las pruebas allegadas.

DEMANDADO	NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y otro
RADICADO	05001 33 33 009 2022 00124 01

- *Reclamación administrativa presentada por el demandante. (C01 Doc. 03 Demanda Pág. 53 y ss.)
- * Respuesta oficio ANT **2021EE038037 DEL 18 DE SEPTIEMBRE DE 2021** (C01 Doc. 03 Demanda Pág. 57 y ss).
- Acuerdo 039 de 1998 (Expediente electrónico C01 Doc.06)
- Extracto de intereses cesantías demandante (Expediente electrónico C01 Doc. 03 Pág.53 y ss.

Con lo anterior, se tiene que la señora **MALCA IRINA GOMEZ SIERRA** se desempeña en el cargo de docente adscrita en la entidad territorial demandada.

Que mediante peticiones radicadas ante el ente territorial y el Ministerio de Educación Nacional la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no efectuarse la consignación oportuna de las cesantías establecidas en la ley 50 de 1990.

Que la entidad territorial, mediante el oficio, **ANT 2021EE038037 DEL 18 DE SEPTIEMBRE DE 2021** negó el reconocimiento y pago de la SANCION MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecidas establecida en la ley 50 de 1990, así como también el derecho a la INDEMNIZACIÓN, allegando el extracto de consignación de intereses a cesantías expedido por FOMAG. (C01 Doc. 03 Pág.53 y ss.).

En primera medida, advierte la Sala que no existe un criterio unificado al interior del órgano de cierre de esta Jurisdicción frente al tema aquí abordado, y los pronunciamientos que han determinado la procedibilidad de la sanción deprecada se han proferido en asuntos en los que han mediado supuestos que difieren de las circunstancias en las que se enmarca la situación jurídica de la demandante es decir en el caso sub lite no se alega, mucho menos se acredita, que la parte demandante no se hubiera afiliado al FOMAG (incumplimiento a la obligación de afiliación), tampoco se acredita que no se hubiera liquidado la cesantía anual.

Es decir, contrario a lo esgrimido en la alzada, se itera que la SU-098 de 2018 no resulta aplicable para resolver la controversia planteada, al tener origen en una situación fáctica y jurídica distinta a la valorada en esta oportunidad. En este sentido vale anotar que la sentencia SU 573 de 2019

DEMANDADO	NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y otro
RADICADO	05001 33 33 009 2022 00124 01

al determinar un posible desconocimiento del precedente expuso lo siguiente:

“68. Ahora bien, durante el trámite de la acción de tutela, los accionantes allegaron ante el juez de primera instancia la Sentencia SU-098 de 201848, por medio de la cual la Corte Constitucional resolvió sobre el “pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en la fecha indicada en la ley, así como de los intereses y los rendimientos financieros que se causaron con dicho retardo”⁴⁹. A pesar de no haber sido parte del debate procesal en sede de tutela, esta sentencia tampoco constituye un precedente aplicable al asunto sub examine respecto del cual se pueda evidenciar prima facie una amenaza de vulneración a los derechos fundamentales de los tutelantes, por cuanto: (i) la decisión es posterior a las providencias judiciales cuestionadas en sede de tutela y, no obstante la Corte se pronunció sobre la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías prevista por la Ley 50 de 1990, artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000, la **ausencia de identidad fáctica también “impide aplicar el precedente al caso concreto”**, como pasa a explicarse.

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

DEMANDADO	NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y otro
RADICADO	05001 33 33 009 2022 00124 01

<i>Tipo de sanción moratoria reclamada</i>	<i>El docente solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, los intereses a las cesantías ni los rendimientos.</i>	<i>Los docentes solicitaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías.</i>
--	--	--

Se advierte que la situación cierta tratada en la sentencia SU-098 de 2018 concierne a un docente nombrado provisionalmente quien permaneció vinculado desde el año 2003 pero fue afiliado al FOMAG solo hasta el año 2007.

Evidentemente, si no se produce la afiliación al FOMAG, el docente provisional en realidad no estuvo cubierto por un régimen especial de prestaciones, y la omisión a ese deber atribuible al ente territorial justifica aplicar normas del régimen general ante el vacío de sanción de parte del régimen especial.

Así las cosas, si bien la SU en comentario establece como regla jurisprudencial que a los docentes es posible aplicarles el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 sobre la sanción moratoria por no consignación de cesantías, la cual es exigible al ente territorial por omisión en la afiliación, dicha regla no es aplicable a este caso porque la parte demandante siempre ha estado afiliada al FOMAG, goza de un régimen especial dentro del cual no existe una obligación para la entidad territorial de consignar las cesantías, quien además certifica haber ejecutado el reporte oportuno de las cesantías y sus intereses dentro de la anualidad siguiente a la que es objeto de requerimiento. (C01 Doc. 03 Pág.53 y ss.).

Ahora bien, tampoco advierte la Sala que haya lugar a la aplicación del principio de favorabilidad, aspecto sobre el cual la Corte Constitucional se refirió en las sentencias SU -098 de 2018 y SU 339 de 2019, porque en este asunto no se puede predicar la existencia de una duda frente a las normas jurídicas que regulan el reconocimiento prestacional (cesantías) a favor de los docentes, ni un vacío legal que permita la remisión a las disposiciones de la Ley 50 de 1990. En este sentido se advierte que la Ley 344 de 1996 al regular el régimen de cesantías para las personas vinculadas a los Órganos y Entidades del Estado, expresamente señaló que ello tenía lugar sin perjuicio de lo ya establecido en la Ley 91 de 1989, y

DEMANDADO	NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y otro
RADICADO	05001 33 33 009 2022 00124 01

vale anotar que esa explicación, conlleva a que lo ya regularizado permanezca incólume ante la nueva normatividad.

Se insiste en que la favorabilidad surge entonces cuando existe duda en torno a la normatividad aplicable o hay interpretaciones distintas sobre la regulación de un derecho, escenario que no se concreta aquí, y no puede hacerse un juicio de comparación entre la situación jurídica de la hoy demandante y los docentes a los cuales se les ha reconocido la sanción deprecada, quienes sí se encontraban en una circunstancia desprovista de regulación al no estar afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y en tanto el ente territorial al cual estaban adscritos no hizo pertinentemente el reconocimiento de sus cesantías.

Por lo tanto, no encuentra la Sala una justificación amparada constitucional o legalmente para aplicar la Ley 50 de 1990, norma extendida a los servidores públicos con la Ley 344 de 1996, pues si bien los docentes están incursos en esta categoría, la misma norma dispuso que no puede obviarse las previsiones de la Ley 91 de 1989, y por ende no es posible acoger en forma fraccionada lo que aquella disposición introdujo.

Además, lo pretendido por la parte actora conllevaría a una transgresión al principio de inescindibilidad normativa, pues en este caso la aplicación de las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996 no deviene de la inexistencia de una disposición que delimite la consignación de las cesantías a los docentes.

Al tenor el H. Consejo de estado ha manifestado en reiterada jurisprudencia que la inescindibilidad se estructura con fundamento en el principio de favorabilidad, según el cual, no es viable desmembrar las normas legales, de manera que quien resulte beneficiario de un régimen debe aplicársele en su integridad y no parcialmente tomando partes de uno y otro ordenamiento.

Textualmente, manifestó:

*“El principio de favorabilidad se aplica en aquellos casos en que surge duda demostrada y fehaciente en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social. **El texto legal así escogido debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad o conglobamento, es decir, 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***

DEMANDADO	NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y otro
RADICADO	05001 33 33 009 2022 00124 01

disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido²” (Subrayas propias)

Otro elemento trascendente que impide acceder a lo pretendido es la diferencia en el manejo de los recursos en los Fondos privados respecto al funcionamiento del FOMAG. En este sentido el Consejo de Estado recalco este aspecto, así;

“57.Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989, como « una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de sociedades cuyas características fueran establecidas por el Gobierno Nacional, en orden a: «a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional; b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.»³

60.De igual manera, de conformidad con el artículo 3° del Acuerdo 39 de 1998⁴ expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten...⁵” (Subrayas propias)

Se tiene entonces que el régimen especial de cesantías de la Ley 91 de 1989 es un régimen de liquidación anual, éste no funciona igual que el sistema anualizado de la Ley 50 de 1990 y la Ley 344 de 1996, dado que

² Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda Subsección A-Consejero Ponente: William Hernández Gómez-seis (6) de mayo de dos mil veintiuno (2021).-Radicación número: 63001-23-33-000-2017-00320-01(2432-18)

³ Artículo 99, numeral 6° de la Ley 50 de 1990.

⁴ «Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.»

⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 2249 de 30 abril de 2015. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Sentencia de 25 de enero de 2016. Rad. No. 66001233300020120006001. C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

DEMANDADO	NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y otro
RADICADO	05001 33 33 009 2022 00124 01

dentro del régimen especial de cesantías docentes no existe obligación de consignación individualizada de las cesantías, sino únicamente liquidación y reporte de las mismas, así como el cálculo de intereses, el cual resulta de tomar como base un monto acumulado de cesantías y no únicamente las cesantías de cada año, sin que ello afecte el cálculo de los intereses a las cesantías, toda vez que la base del cálculo de estos es determinada por el Fondo, sin sujeción a que el capital se encuentre consignado en una cuenta individual, sino con base en la suma a la cual tiene derecho el docente por concepto de cesantías y, a dicho valor, se le aplica el porcentaje de intereses a las cesantías que habrán de ser reconocidas el afiliado.

De tal manera, el régimen especial de cesantías de los docentes no impide la generación y cálculo de los intereses a las cesantías, que va más allá de la anualidad anterior causada que corresponde al régimen anualizado, para tomar como base la totalidad del ahorro de cesantías, aplicar los intereses y efectuar la consignación con corte al mes de marzo, conforme el citado artículo 4 del Acuerdo No. 39 de 1998 expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, *«Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»*, según el cual el *«Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el cinco (5) de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el seis (6) de febrero y hasta el quince (15) de marzo de cada año»*.

Para el efecto, en el caso concreto, para la Sala no resulta aplicable extender la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes respecto al pago de las cesantías a más tardar el 14 de febrero de cada año, en consideración a las siguientes premisas: i) la naturaleza y finalidades del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, ii) su régimen se maneja bajo el principio de unidad de caja y los recursos del FOMAG, en virtud de la Ley 1955 de 2019, son transferidos por el Sistema General de Participaciones, en atención a lo dispuesto en la Ley 715 de 2001, por lo tanto, no están previstas cuentas individuales para que se consignent las cesantías a cada docente, ello con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las

DEMANDADO	NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y otro
RADICADO	05001 33 33 009 2022 00124 01

obligaciones definidas por la ley , iii) la situación fáctica tratada en la sentencia SU-098 de 2018 difiere del asunto bajo estudio y iv) aplicación al principio de inescindibilidad o conglobamento, es decir, valerse de manera íntegra del cuerpo normativo al que pertenece el docente.

En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia impugnada por las razones que se acaban de exponer.

5. Costas en segunda instancia.

El artículo 188 del CPACA adicionado por el artículo 47 de Ley 2080 de 2021, prescribe que *“se dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*, lo que no se configuró en el caso, por lo que no habrá condena en costas en esta instancia procesal.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SALA TERCERA DE ORALIDAD**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia **No. 206 del 19 de diciembre de 2022 el Juez Noveno Administrativo Oral del Circuito de Medellín**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - Sin costas en esa instancia procesal.

TERCERO. NOTIFÍQUESE y ejecutoriada, devuélvase al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en Sala,

Los Magistrados,

(firmado electrónicamente)

DEMANDADO	NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y otro
RADICADO	05001 33 33 009 2022 00124 01

GLORIA MARÍA GÓMEZ MONTOYA

(firmado electrónicamente)

BEATRIZ ELENA JARAMILLO MUÑOZ

(firmado electrónicamente)

JARIO JIMÉNEZ ARISTIZÁBAL

Este documento está firmado electrónicamente a través de la plataforma de SAMAI, su autenticidad se puede verificar en el siguiente link:
<https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/documentos/validador.as>

[px](#)