

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Neiva, nueve (9) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

SALA DE DECISIÓN No. 5

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: RUTH DERY GABOA CHALA

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES
SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO
DEL HUILA

EXPEDIENTE: 41001-33-33-003-2022-00170-01

SENTENCIA: TAH005-2023-05-092

TEMA: SANCIÓN MORATORIA DOCENTE – LEY 50 DE
1990

MAGISTRADA PONENTE: NELCY VARGAS TOVAR

Resuelve la Sala¹ el recurso de apelación interpuesto por la parte *demandante* contra la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2022 por el Juzgado Tercero Administrativo de Neiva, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

La señora Ruth Dery Gamboa Chala interpuso demanda² de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG– y el

¹ De conformidad a la facultad conferida por los artículos 18 de la Ley 446 de 1998 y 63A de la Ley 270 de 1996.

² Documento 1, expediente electrónico visible en la Sede Electrónica para la Gestión Judicial de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa SAMAI.

Departamento del Huila, conforme a las pretensiones, hechos y fundamentos jurídicos que a continuación se sintetizan:

1.1. Pretensiones:

En primer lugar, la declaratoria de nulidad del *acto ficto* derivado de la omisión de respuesta a la petición radicada el 26 de julio de 2021, a través del cual se le negó el reconocimiento y pago (i) de la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y (ii) de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías contemplada en la Ley 52 de 1975 y en el Decreto 1176 de 1991.

A título de restablecimiento del derecho, pretendió el reconocimiento y pago (i) de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a partir del 15 de febrero de 2021, por ser la fecha en la que debieron consignarse las cesantías correspondientes a la anualidad 2020; y (ii) de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975 y en el Decreto 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado por los intereses causados en el año 2020.

Finalmente, requirió que las sumas resultantes sean indexadas desde la fecha en que *“debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente”*, hasta la ejecutoria de la sentencia; así mismo, que se dé cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A. y que se condene al pago de intereses moratorios y costas procesales.

1.2. Hechos:

Señaló, que el pago de las *cesantías* de los docentes oficiales inicialmente le correspondía al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG–, de conformidad con el parágrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989); responsabilidad que luego, a través del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, fue asignada a las entidades territoriales, quienes deben (i) a 15 de febrero de cada año, consignarlas en las cuentas individuales del FOMAG, y (ii) a 31 de enero de cada año, pagar directamente al educador los intereses que estas generen.

En ese sentido, afirmó que la consignación de las cesantías y el pago de los intereses correspondientes al año 2020, no se efectuó oportunamente; razón

por la que el 26 de julio de 2021, solicitó a la entidad territorial el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, equivalente a un día de salario por cada día de retardo. Sin embargo, dicha petición no ha sido resuelta.

1.3. Las normas violadas:

- Constitución Política: artículos 13 y 53.
- Ley 91 de 1989: artículos 5º y 15.
- Ley 50 de 1990: artículo 99.
- Ley 1955 de 2019: artículo 57.
- Ley 52 de 1975: artículo 1º.
- Ley 344 de 1996: artículo 132.
- Ley 432 de 1998: artículo 5º.
- Decreto 1176 de 1991: artículo 3º.
- Decreto 1582 de 1998: artículos 1º y 2º.

A juicio de la parte actora, el acto acusado infringe *las normas superiores en que debía fundarse* y los principios de *igualdad y favorabilidad*. Ello, principalmente porque le asiste el derecho a recibir la sanción moratoria y/o indemnización contemplada en la Ley 50 de 1990, en la medida en que el auxilio de cesantías y los intereses correspondientes al año 2020, fueron consignados y pagados con posterioridad al 15 de febrero y al 31 de enero de 2021, respectivamente.

Como fundamento legal y jurisprudencial de su afirmación, destacó lo siguiente:

a.- Que la Ley 91 de 1989, estableció para el sector docente un régimen anualizado de *cesantías*; ello implica, que el referido auxilio, a los vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, se les liquida anualmente y sin retroactividad.

b.- Que un año después, la Ley 50 de 1990 consagró que los empleadores –sin excluir al sector docente- debían consignar los dineros correspondientes a esa prestación antes del 15 de febrero de cada año; so pena, de incurrir en mora (artículo 99, *ibidem*).

c.- Que desde el año 2010, para los operadores judiciales ha sido *notorio*, el *hecho* de que a los docentes oficiales se les cancele tardíamente el auxilio de cesantías (Ley 1071 de 2006); al punto de que cuando radican la solicitud de

pago, los dineros aún no han sido consignados en la cuenta individual que cada educador tiene ante el FOMAG.

En síntesis, en lo concerniente al *auxilio de cesantías* de los docentes, la sanción moratoria se configura (i) por su consignación posterior al 15 de febrero (artículo 99 de la Ley 50 de 1990), y (ii) por su pago extemporáneo (artículos 4º y 5º de la Ley 1071 de 2006)³; criterios estos, que también resultan aplicables para los *intereses* que genera esa prestación.

d.- Finalmente, indicó que la jurisprudencia en salvaguarda a los principios de favorabilidad e igualdad, ha reconocido que la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es aplicable a los *docentes oficiales*. Entre ellas, citó las sentencias C-486 de 2016, SU-098 de 2018, SU-332 de 2019, SU-041 de 2020 de la Corte Constitucional y las del 24 de enero de 2019⁴, 10 de julio⁵, 6 de agosto⁶ y 12 de noviembre de 2020⁷, y, 17 de junio de 2021⁸ del Consejo de Estado.

2. Contestación de la Demanda

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

El apoderado judicial del FOMAG se opuso⁹ a las pretensiones de la demanda, aceptando como ciertos únicamente los hechos relativos a la creación de la entidad, su naturaleza y funciones.

Expuso, que el FOMAG es una cuenta especial de la Nación, distinta a otras figuras de administración de las cesantías de los trabajadores, destacando que aquella no funciona con cuentas individuales de estos, en la medida que conforma un fondo común o una unidad de caja; a diferencia de los fondos privados de cesantías.

³ Sentencia SU 336 de 2017 de la Corte Constitucional (ponencia del Dr. Iván Humberto Escrucera Mayolo).

⁴ Radicación 76001-23-31-000-2009-00867-01 (4854-2014), con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁵ Radicación 08001-23-33-000-2014-00208-01 (0324-2016), con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁶ Radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-16). CE-SUJ-SII-022-2020, con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁷ Radicación 08001-23-33-000-2014-00132-01 (1689-2018).

⁸ Radicación 08001-23-33-000-2015-00331-01 (5865-2019), con ponencia del Dr. César Palomino Cortés.

⁹ Documento 8, expediente electrónico visible en la Sede Electrónica para la Gestión Judicial de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa SAMAI.

Así, adujo que la entidad se encontraba ante una imposibilidad jurídica de abrir cuentas individuales y, en ellas, depositar el pago de las cesantías anuales a cada docente; aunado a que el proceso de afiliación al FOMAG y el flujo de los recursos correspondientes a este rubro se encontraba expresamente regulado.

Añadió, que el régimen de cesantías es distinto en cada uno de los esquemas, y que, para el caso de los docentes, cuentan con un régimen especial de reconocimiento y pago de las cesantías e intereses; dineros que son administrados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989, 244 de 1995, 344 de 1996, 1071 de 2006, 1955 de 2019 y Decretos 2831 de 2005 y 1272 de 2018.

En ese sentido, destacó que los destinatarios de la Ley 50 de 1990 son “*los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías*”, cuyos dineros son gestionados por los Fondos de Pensiones y Cesantías. De suerte, que la aplicación de esta última para el reconocimiento de la sanción moratoria y de la indemnización procurada, es improcedente.

Indicó, que en virtud del principio de inescindibilidad, no era viable aplicar parcialmente uno u otro régimen, dando paso a una *Lex Tertia*, sino que debía acogerse en su integridad lo dispuesto por el legislador para los docentes estatales; de ahí que, afirmó, la demanda efectuaba una indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías manejadas por el FOMAG.

En esas condiciones, formuló la excepción de mérito denominada *inexistencia de la obligación*, estimando que lo pretendido es un hecho de imposible cumplimiento, al no estar prevista en la legislación la consignación de las cesantías de los docentes a una cuenta individual en el FOMAG.

2.2. Departamento del Huila:

El ente territorial se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda¹⁰, manifestando aceptar la mayoría de los hechos, salvo por aquellos relacionados con las funciones de expedir los actos administrativos de reconocimiento prestacional y de administración de recursos.

¹⁰ Documento 11, *ibídem*.

Para el efecto, en primer lugar, se refirió a los regímenes retroactivo y anualizado de cesantías, vigentes para los docentes oficiales, precisando que es la Fiduciaria La Previsora la encargada del manejo de los recursos del FOMAG, quien, a su vez, tiene a su cargo la responsabilidad del reconocimiento y pago de las prestaciones docentes.

Así, señaló que al ente territorial legalmente no le compete “*efectuar consignación de cesantías a los docentes (...) por el contrario, es un mero operador administrativo que se encarga de comunicar los docentes que durante la vigencia anterior permanecieron activos o inactivos con la finalidad que se proceda por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y por intermedio de la FIDUPREVISORA SA, a efectuar la consignación de las cesantías*”.

Explicó, que los docentes cuentan con dos regímenes para el reconocimiento y liquidación de las cesantías: el retroactivo y el anualizado, este último, del cual hacen parte todos los vinculados a partir del 1º de enero de 1990; recordando que el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 extendió el *plazo* y la *sanción moratoria* que contempla la Ley 50 de 1990 a todos los servidores públicos que ingresaron al nivel territorial el 31 de diciembre de 1996 y que estén afiliados a los fondos privados de cesantías. Sin embargo, destacó que el nombramiento efectuado por el representante legal de una entidad territorial, no le otorga *per se* esa calidad al docente.

En tal sentido, consideró que a los *educadores oficiales* no les resulta aplicable la *sanción moratoria* contenida en Ley 50 de 1990, prevista para los empleados vinculados al régimen privado.

Con fundamento en lo anterior, propuso las siguientes excepciones:

a.- *Inexistencia de la obligación*, reiterando que la sanción procurada no está prevista para los docentes oficiales. Al respecto, trajo a colación la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2020 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, dentro del expediente 47001-23-33-000-2019-00094-00.

b.- *Falta de legitimación en la causa por pasiva*, aduciendo que el pago de las prestaciones sociales de los docentes está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con fundamento en los artículos 2º y 5º

de la Ley 91 de 1989; y, en consecuencia, la sanción derivada de la cancelación tardía de las mismas.

c.- *No configuración del acto administrativo ficto*, aduciendo que la entidad atendió la petición elevada por la parte actora, en el sentido de motivar suficientemente la remisión por competencia al FOMAG, por ser la encargada de efectuar los pagos reclamados.

3. La Sentencia Apelada

El 25 de noviembre 2022, el Juzgado Tercero Administrativo de Neiva negó las pretensiones de la demanda¹¹.

Para arribar a esa decisión, en primer lugar, recordó que el régimen salarial y prestacional de los docentes es de carácter especial, encontrándose regulado por la Ley 91 de 1989; el cual, en materia de cesantías, difiere (i) del régimen retroactivo previsto para los empleados territoriales en la Ley 6 de 1945 y el Decreto 1160 de 1946, y (ii) del régimen anualizado contemplado en la Ley 50 de 1990, aplicable inicialmente a trabajadores del sector privado, aunque incorporado posteriormente al sector público mediante la Ley 344 de 1996.

En segundo lugar, advirtió que el carácter especial del régimen especial que cubre a los docentes excluye la aplicación de regímenes de cesantías aplicables a otros servidores públicos, tal como lo han sostenido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, este último, especialmente en la sentencia de unificación CE-SUJ2 N° 001/16.

Expuso que, en lo atinente al reconocimiento y pago de las cesantías docentes, la competencia atañe a la Nación – Ministerio de Educación Nacional, a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG–, conforme al procedimiento y términos señalados en la Ley 1071 de 2006; trámite en el que intervienen las Secretarías de Educación únicamente para la proyección y expedición del respectivo acto administrativo de reconocimiento prestacional, en virtud de la delegación que ha hecho en ellas el ente nacional.

Con fundamento en lo anterior, planteó la incompatibilidad del régimen especial de cesantías docentes con la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 y

¹¹ Documento 26, expediente electrónico visible en la Sede Electrónica para la Gestión Judicial de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa SAMAI.

la indemnización de la Ley 50 de 1975; ello, en razón al principio de inescindibilidad normativa, máxime si se tiene en cuenta que en aquel –el régimen especial docente– no existe la obligación de consignar las cesantías en una cuenta individual, sino que se prevé que el ente territorial remita un reporte de docentes activos y retirados, con base en el cual se liquida la prestación.

Añadió, en cuanto al pago de intereses a las cesantías, que el FOMAG realiza el depósito en las cuentas bancarias de cada docente, lo que ocurre en el mes de marzo de cada año, de conformidad con el artículo 4 del Acuerdo 39 de 1998.

En esos términos, al descender al *sub lite*, coligió que la demandante se encuentra sometida al régimen anualizado de cesantías previsto en la Ley 91 de 1989, lo que implica que no exista la obligación de consignar las cesantías en una cuenta individual, como se deprecó en la demanda, pues basta con que estos recursos sean girados por la Nación al FOMAG; de modo que no es viable extender la aplicación de la sanción establecida en la Ley 50 de 1990.

Precisó que, en todo caso, el reporte de cesantías había sido enviado por el ente territorial al FOMAG el 5 de febrero de 2021, y la Fiduprevisora había depositado el pago de los intereses de cesantías el 31 de marzo de la misma anualidad; concluyendo así que las demandadas habían dado cumplimiento a sus obligaciones legales.

Finalmente, no profirió condena en costas al no encontrarlas causadas.

4. La Apelación

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación¹², planteando los reparos que a continuación se sintetizan:

a.- En primer lugar, adujo que, tal como lo afirma el *a quo*, los docentes tienen un régimen especial; circunstancia esta que no los excluye de la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, más aún cuando la jurisprudencia constitucional¹³ y administrativa¹⁴ ha restablecido sus derechos prestacionales,

¹² Documento 29, *ibidem*.

¹³ Sentencias SU098 de 1998, C741 de 2012 y C486 de 2016.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Sentencia del 20 de enero de 2022. Radicación 08001-23-33-000-2017-00931-01 (1001-2021). Demandante: Ángel María Castro Olmos. Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Otros.

equiparándolos “a los servidores públicos bajo la modalidad de empleados públicos” y concediéndoles por *favorabilidad* derechos laborales con fundamento en el régimen general (v. gr. la sanción moratoria que aquí se depreca).

b.- A través de un cuadro comparativo, expuso que la tasa -en DTF- utilizada para la liquidar los intereses a las cesantías de los docentes está siempre un 12% por debajo de la que se emplea para los demás trabajadores del régimen anualizado; siendo falso entonces, que el régimen especial sea más favorable que el general.

Aunado a ello, manifestó que “solo 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 capital acumulado que los genere”; es decir, que, si los recursos no son trasladados oportunamente, los rendimientos tampoco pueden calcularse a tiempo.

En ese mismo orden y en lo atinente a los intereses de las cesantías, enfatizó en que los docentes son acreedores de la indemnización preceptuada en la Ley 52 de 1975; la cual, por orden del artículo 3º del Decreto 1176 de 1991 hace parte integral del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

c.- El hecho de que los docentes pertenezcan a un régimen especial, no sustrae a los nominadores de la obligación de “CONSIGNAR LOS RECURSOS DE LAS CESANTÍAS EN EL FOMAG”, en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Máxime, cuando dicha disposición fue expedida un año después de la Ley 91 de 1989 y cuando esta última no fijaba plazo alguno.

d.- Aclaró que, en el *sub lite*, no se exige la mora por el reconocimiento tardío de las cesantías, de que trata las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006; sino por el retardo en la consignación anual de estos dineros al Fondo. Obligación que fue atribuida a La Nación – Ministerio de Educación por la Ley 715 de 2001, entidad que la viene incumpliendo desde hace aproximadamente 30 años.

Sostuvo, que esa omisión no puede generar derechos a favor de las entidades obligadas y en perjuicio de los docentes, principalmente porque se configuraría un *enriquecimiento sin justa causa* del patrono, bajo el entendido de que mensualmente y por doceavas partes (1/12) del Sistema General de

Participaciones se retienen los valores correspondientes a las prestaciones sociales anuales de cada educador.

e.- Señaló, que el *a quo* se amparó en la naturaleza jurídica del FOMAG para realizar una interpretación perjudicial al docente, desconociendo el precedente jurisprudencial relacionado con los principios de *favorabilidad* e *igualdad*; citando para el efecto la sentencia proferida el 8 de octubre de 2020 por el Consejo de Estado, en el expediente 11001-03-06-000-2020-00158-00, con ponencia del Consejero Álvaro Namén Vargas.

Estimó, que no existe razón para que a la generalidad de los servidores públicos se les tengan que consignar las cesantías oportunamente –esto es, antes del 15 de febrero de cada año– y a los docentes no.

Al respecto, recordó que el Consejo de Estado declaró la nulidad del *inciso 1º del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998*, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que limitaba las solicitudes de pago de cesantías parciales a una periodicidad de tres (3) años¹⁵.

f.- Destacó, que la omisión reprochada se prueba con el hecho de que en el *sub examine* –como lo asintió el *a quo*– no existe comprobante de la transferencia o consignación de los recursos al FOMAG.

Precisó, que la existencia de cuentas individuales ante el FOMAG o la imposibilidad del educador de escoger al administrador de sus recursos no tiene nada que ver con la consignación tardía de las cesantías y el pago retardado de los intereses.

g.- De otro lado, aceptó que la sentencia SU-098 de 2018 no tiene identidad fáctica con el asunto del rubro, pues se refiere a docentes que no fueron afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. No obstante, sostuvo 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 DE CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS EN UN TIEMPO DETERMINADO Y ESTE ES EL TÉRMINO CONTENIDO EN LA LEY 50 DE 1990”*.

¹⁵ Consejo de Estado. Sentencia 31 de octubre de 2019. Expediente 11001-03-25-000-2016-00995-00 (4473-16).

h.- Relacionó 18 providencias proferidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado entre el 2018 y el 2022¹⁶, en las que se acepta que los docentes son beneficiarios de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Subrayó especialmente la sentencia de tutela proferida por el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo en el expediente T-6.736.200¹⁷ y sostiene que tiene efectos *inter comunis*, los cuales se extienden a todos los docentes oficiales, en la medida en que no se condenó la omisión de afiliación al FOMAG, sino la consignación de las cesantías por fuera del plazo señalado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Con fundamento en lo anterior, concluyó que a la demandante le asiste el derecho procurado, y, en consecuencia, debe revocarse la decisión impugnada, accediendo a las súplicas del líbello introductorio.

5. Trámite de Segunda Instancia

El 24 de marzo de 2023 se admitió el recurso de apelación¹⁸ presentado por la *parte demandante*; y el 31 de marzo siguiente, el Secretario de esta Corporación en armonía a lo consagrado en el artículo 247-5º del CPACA (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021), pasó el expediente al despacho para proferir decisión de segundo grado¹⁹.

5.1. Alegatos de Conclusión

5.1.1. Tanto la **parte demandante**, como el **Departamento del Huila** y el **Ministerio Público**, guardaron silencio²⁰.

5.1.2. Por su parte, la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG–**²¹, quien explicó las

¹⁶ Radicados: 08001-23-33-000-2013-006666-01(0833-16), 7601-23-31-000-200900867-01(4854-2014), 11001-315-000-2018-03499-01, 080012333000201400173-01(1688-16), 08001-23-31-000-2014-00254-01(4960-2017), 08001-23-31-000-2014-00815-01(4979-2017), 19001-23-33-000-2015-00455-02(0483-20), 08001-23-33-000-2014-01127-01(1002-2021), 4001-23-40-000-2017-00134-01(2208-2020), 08001-23-40-000-2015-9008-01(2387-2020), 08001-23-40-000-2014-90022-01(5154-2016), 080001-23-33-000-2017-00931-01(1001-2021), 08001-23-33-000-2015-0075-01(2660-2020) y 07001-23-40-000-2017-00795-01(2659-2020).

¹⁷ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁸ Índice 5, expediente digital SAMAI.

¹⁹ Índice 10, expediente digital SAMAI.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Índice 4, expediente digital SAMAI.

diferencias existentes entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y los Fondos Privados de Cesantías (naturaleza, origen de los recursos, formas de administración, cuentas individuales, intereses y tasas).

En su sentir, en el presente caso no se reúnen los presupuestos exigidos por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; habida cuenta que, en virtud del régimen especial por el que se encuentran amparados los docentes *(i)* son destinatarios de la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías, prevista en la Ley 1071 de 2006; y *(ii)* la naturaleza del FOMAG es diferente a la de los fondos administradores de cesantías que rigen para el sector privado, regulados por la Ley 50 de 1990.

Explicó, que los fondos de cesantías no tienen la calidad de empleadores ni están obligados a garantizar el cumplimiento de la obligación laboral, dado que solo se encargan de recibir el dinero y administrar dichos recursos, para luego ser pagados al trabajador; motivo por el cual el legislador creó la sanción moratoria a cargo del empleador que incumpla con la obligación de consignar.

En contraste, el FOMAG, como cuenta especial de la Nación, se encarga del pago de las cesantías de los docentes afiliados al fondo, entre otras prestaciones previstas en el sistema de seguridad social.

Por lo demás, reiteró los planteamientos de la contestación de la demanda y concluyó, que son las Secretarías de Educación quienes reportan anualmente al FOMAG los valores causados para cada educador, y *“dependiendo de la fecha en que esta liquide, limita la fecha en la que el FOMAG pague lo referente a los intereses”*.

Así entonces, solicitó la desestimación de la alzada y la confirmación de la decisión impugnada.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad a las facultades otorgadas por el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, esta Corporación es competente para conocer del presente asunto. Ahora, en virtud del artículo 328 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo

306 del C.P.A.C.A., la Sala abordará exclusivamente los argumentos formulados por la parte demandante en el recurso de alzada.

2. Problema Jurídico

El problema jurídico se contrae en determinar si a la señora Ruth Dery Gamboa Chala le asiste el derecho al reconocimiento y pago *(i)* de la sanción moratoria por la *consignación* extemporánea del auxilio de cesantías correspondientes al año 2020 (artículo 99 de la Ley 50 de 1990), y *(ii)* de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las mismas (artículo 1º de la Ley 52 de 1975). En tal virtud, establecer si el acto demandado debe ser anulado por infracción a las normas en que debería fundarse.

3. Estructura de la Decisión y Análisis del Caso

Para resolver el asunto jurídico propuesto, el Tribunal analizará normativa y jurisprudencialmente *(i)* el auxilio de cesantías en el sector docente, *(ii)* la sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías, y *(iii)* la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías; para luego abordar el caso concreto, incluyéndose allí el análisis crítico de las pruebas en que se fundamenta la decisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

3.1. Análisis jurídico y jurisprudencial:

3.1.1. *El auxilio de cesantías en el sector docente:*

De acuerdo con las preceptivas consagradas en el artículo 3º del Decreto 2277 de 1979 –Estatuto Docente–, en el artículo 6º de la Ley 60 de 1993 y en consonancia con el precedente del Consejo de Estado²², se infiere que los educadores que prestan sus servicios a entidades de orden nacional, departamental, distrital o municipal, son empleados oficiales de régimen especial; la cual, se refleja –entre otros aspectos–, en lo tocante a la administración de personal y en algunos temas salariales y prestacionales.

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que:

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección b. Sentencia de mayo 6 de 2004, MP. Jesús María Lemos Bustamante, Rad. No. 250002325000200106993 01 (3150-2003), actor: Teresina Mora Vergara.

“[...] en Colombia los docentes gozan de un régimen prestacional especial, previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad financiera estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% de capital. Al respecto cabe precisar, desde ya, que la Ley 91 de 1989 regula no sólo las prestaciones sociales del Magisterio, como son las cesantías y las vacaciones, sino igualmente lo referente al régimen pensional y de prestación de servicios médico-asistenciales de los profesores; en otras palabras, se reagrupa en un mismo cuerpo normativo lo prestacional con el régimen de seguridad social, a diferencia de lo que sucede con los demás trabajadores en Colombia”²³.

En ese orden, se tiene que el régimen prestacional de los docentes estatales se encuentra regulado en la Ley 91 de 1989, a través de la cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se fijó el régimen prestacional, el régimen de seguridad social y la afiliación obligatoria a dicho régimen y al mencionado fondo desde el 1º de enero de 1990, así:

“Artículo 4º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renunciaciones a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica”.

Respecto de las prestaciones sociales, el artículo 15 *ibídem*, preceptúa que los docentes nacionalizados que se vincularon antes del 31 de diciembre de 1989 conservan el régimen del que venían gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes; mientras que los docentes nacionales y quienes se vincularon a partir del 1º de enero de 1990, se rigen por la normativa aplicable a los empleados públicos del orden nacional, a saber, los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, como indica la norma:

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-928 de noviembre 8 de 2006, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

“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:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley” (subrayado fuera de texto).

Sobre el régimen de cesantías, el numeral 3º del citado artículo 15 de la Ley 91 de 1989, dispone:

“3.- 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 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” (subrayado fuera del texto).

De lo anterior, refulge con claridad que en el régimen prestacional docente no se contempló sanción moratoria por la consignación extemporánea del auxilio de las cesantías o por el pago retardado de sus intereses.

3.1.2. Sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías:

Huelga recordar, que el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y otras disposiciones, introdujo un nuevo régimen especial de auxilio de cesantías, caracterizado por lo siguiente:

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

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

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

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

6ª. Los Fondos de Cesantía serán administrados por las sociedades cuya creación se autoriza, y cuyas características serán precisadas en los decretos que dicta 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.*

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

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

Posteriormente, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996²⁴ extendió el régimen anterior *-anualizado de cesantías-* a todos los servidores que se vincularan con el Estado a partir del 31 de diciembre de 1996; sin perjuicio, de lo estipulado en la Ley 91 de 1989:

“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;

El Gobierno Nacional podrá establecer programas de incentivos con la finalidad de propiciar que los servidores públicos que en el momento de la publicación de la presente Ley tengan régimen de cesantías con retroactividad, se acojan a lo dispuesto en el presente artículo (inciso declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-428 de 1997).

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” (subrayado de la Sala).*

Esta disposición fue reglamentada parcialmente por el Decreto 1582 de 1998²⁵, en cuyo artículo 1º se señaló que el régimen de liquidación y pago de las

²⁴ “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”.

²⁵ “Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia.”

cesantías de los servidores públicos territoriales vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 y que se afiliaran a fondos privados, es el previsto en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990; y el de aquellos afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, el establecido en el artículo 5º de la Ley 432 de 1998:

“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” (subrayado fuera de texto).

Al referirse a las cesantías de los docentes, la Corte Constitucional ha distinguido entre quienes se vincularon antes del 31 de diciembre de 1989 – que conservan el régimen retroactivo– y los que lo hicieron en fecha posterior –a quienes se les liquidan anualmente las cesantías y sin retroactividad–; advirtiendo que, en todo caso, el *régimen especial* que los ampara no es comparable con la forma de administrar, liquidar y cancelar las cesantías de los trabajadores sometidos a la Ley 50 de 1990:

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

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 1990²⁶” (subrayado de la Sala).

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-928 de noviembre 8 de 2006, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

Luego, en la sentencia SU-098 de 2018 ese máximo órgano constitucional sostuvo que, bajo la égida de un régimen especial no puede desconocerse la calidad de trabajador estatal que ostentan los *docentes*; y en tratándose de normas de carácter laboral que comportan un beneficio, por *favorabilidad e igualdad* es procedente aplicarles la sanción contemplada en el artículo 99-3º de la Ley 50 de 1990:

“[...] el hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política.

[...] Realizada la anterior aclaración, esta Corporación considera que, en el régimen anualizado, aplicable al caso de los docentes vinculados después de 1990 y 1996, es lógico que se exija la afiliación y el pago oportuno del auxilio de cesantías, ya que la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. Sin duda, este sistema solo puede ser equitativo si las personas pueden contar con su pago de forma oportuna para poder disponer de la prestación en cualquiera de los eventos en que se permite, esto es, ante el desempleo, para financiar la educación propia, de compañeros permanentes, de los hijos o dependientes y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda. 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 válido en sí mismo para negar su acceso. [...] 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.

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

En similar condición, el Consejo de Estado inicialmente adujo que al tenor de lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996²⁷, a los docentes oficiales no los cobijaban las disposiciones consagradas en la Ley 50 de 1990. Empero, acogiendo el criterio de *favorabilidad* aplicado en sede constitucional, actualmente la Sección Segunda de esa Corporación, estima *viable* aplicarles este último compendio normativo en lo atinente a la *“sanción moratoria por el pago extemporáneo 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 prestación mencionada, 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, para evitar incurrir en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso”*²⁸.

Sin embargo, esa misma Corporación -en sede de tutela²⁹- al abordar el estudio de asuntos similares ha considerado acertada la interpretación que la autoridad judicial demandada con respecto a las normas que regulan el régimen de cesantías aplicable a los *docentes oficiales*; según la cual, para hacerse acreedor de la sanción moratoria regulada en el artículo 99-3° de la Ley 50 de 1990, es necesario ostentar la calidad de servidor público del nivel territorial y estar afiliado a un fondo privado de cesantías:

“Precisado lo anterior, la Sala encuentra que la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de 19 de julio de 2018, revocó la decisión dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 18 de agosto de 2015, que accedió parcialmente a las pretensiones del medio

²⁷ “(...) Sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de marzo de 2023 proferida dentro de la acción de tutela promovida por Piedad Puentes Méndez contra el Tribunal Administrativo del Huila, expediente 11001-03-15-000-2023-01063-00.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 19 de enero de 2023 proferida dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por Abiel Fernández Alvarado contra el Municipio de Santiago de Cali y Otro, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021).

Ver entre otras sentencias, las proferidas por esa misma Corporación el 12 de noviembre de 2020 (expediente 08001-23-33-000-2014-00132-01), el 28 de abril de 2022 (expediente 76001-23-33-000-2013-00756-01) y el 9 de mayo de 2022 (expediente 08001-23-33-000-2017-00795-01).

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio. Bogotá, D.C., Ocho (08) de Agosto de Dos Mil Diecinueve (2019). Radicación: 11001-03-15-000-2018-03270-01(AC). Actor: Yocasta Alcalá Terán. Demandado: Consejo De Estado, Sección Segunda, Subsección B.

de control de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió la actora contra el Ministerio de Educación Nacional, el Fomag, el departamento del Atlántico y el municipio de Sabanalarga, al concluir que esta no cumple los requisitos para ser beneficiaria de la sanción moratoria que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Para arribar a dicha decisión, realizó un recuento del régimen de cesantías de los docentes y el proceso de descentralización de la educación, en los siguientes términos:

“47. Así, en virtud de lo dispuesto por la citada Ley 344 de 1996 y la Ley 91 de 1989, aquellos docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, **sin lugar a distinción entre docentes nacionales y nacionalizados**, se regularán por las normas de los **empleados públicos del orden nacional**, cuyo sistema de liquidación reviste las siguientes características:

i) Destinatarios: Docentes vinculados desde el 1º de enero de 1990;

ii) Liquidación: El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación, 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;

iii) Intereses: Anual sobre el valor acumulado de la cesantía al 31 de diciembre de cada año, más la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo período.

(...) 54. De las normas expuestas en precedencia, se establece que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989³⁰, los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los **empleados públicos del orden nacional que establece un sistema anualizado, sin retroactividad y pago de intereses a sus beneficiarios.**

55. Por lo anterior, los docentes que ingresaron con posterioridad a la fecha señalada (1 de enero de 1990), por el solo hecho de ser designados por el alcalde o gobernador, **no adquieren el carácter de territorial regidos por normas prestacionales aplicables a los servidores públicos que ostentan dicha calidad**, pues esta prerrogativa solo cobijó a quienes cumplieran la condición de ser nombrados sin el cumplimiento de las previsiones del artículo 10 de la Ley 43 de 1975³¹.

³⁰ “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

³¹ “Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones.

56. De manera que los educadores del sector público que ingresaren a partir de 1990, en materia prestacional se encuentran regulados por las disposiciones que gobiernan a los **empleados públicos del orden nacional**, y en tal virtud, no les son aplicables los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, que contemplaron el plazo para la liquidación del valor liquidado anualmente con anterioridad al 15 de febrero y la sanción moratoria para el empleador que incumpla esta obligación, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, únicamente a «los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías», que como se expuso, no se equiparan a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, pues su nombramiento por el representante de la entidad territorial no le otorga la calidad de ser un maestro de dicho nivel y sus prestaciones sociales –cesantías–, son administradas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica es diferente a aquellos fondos privados creados por la Ley 50 de 1990.” (Destacado del texto original)

Con respaldo en el texto citado, la Sección Segunda, Subsección B de esta Corporación advirtió que con ocasión de la fecha de ingreso –28 de diciembre de diciembre de 2000 al municipio de Sabanalarga y desde el 1º de enero de 2003 fue incorporada a la planta del Departamento del Atlántico– de la señora Alcalá Terán como docente del sector oficial, esta se encuentra cobijada por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989³², el cual determinó que los educadores que ingresaron a partir del 1º de enero de 1990, “sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los **empleados públicos del orden nacional**.”

Así entonces, explicó que la vinculación de la actora está regulada en materia prestacional por las normas de los empleados públicos del orden nacional, de modo que no es destinataria de la sanción moratoria extendida por disposición expresa del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998, a los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, comoquiera que no reúne la condición de territorial y tampoco se encuentra afiliada a un fondo privado administrador de cesantías de aquellos creados por la Ley 50 de 1990, toda vez que la finalidad del legislador fue la creación del Fomag para atender las prestaciones sociales de los educadores del sector oficial, cuyos recursos provienen por disposición legal de la Nación.

(...) Artículo 10º.- En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles”.

³² “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En este orden de ideas, la Sala encuentra razonada la interpretación que realizó la autoridad judicial cuestionada, pues lejos de dar un alcance interpretativo errado a las normas que regulan el régimen de cesantías aplicable a los docentes, adoptó su decisión con sustento en la normativa aplicable al caso, a partir de la cual concluyó que la actora no reúne los presupuestos exigidos para ser beneficiaria de la prestación reclamada, debido a que no es un servidor público del nivel territorial afiliado a los fondos privados de cesantías.

Ahora, en cuanto al reproche consistente en que la tutelada prescindió dentro de su interpretación de lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1252 de 2000, el cual reitera que el régimen prestacional en cuanto a las cesantías de los servidores públicos es el previsto en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, es de anotar que quienes tienen acceso a la sanción moratoria reclamada son aquellos beneficiarios del régimen anualizado de liquidación de cesantías del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, tal como lo expuso la autoridad enjuiciada en la providencia bajo estudio.

De modo que, contrario a lo afirmado por la señora Alcalá Terán, el régimen aplicable para su caso es el previsto en la Ley 91 de 1989 dado que su vinculación se llevó a cabo con posterioridad al 1º de enero de 1990, como se explicó líneas atrás.

Adicionalmente, vale la pena traer a colación que esta Sala³³ en casos similares al discutido, sostuvo que le asiste razón a la autoridad enjuiciada cuando señala que no es viable que los docentes, como la señora Alcalá Terán, perciban los beneficios de un régimen para que con posterioridad pretendan la aplicación de lo más favorable de otro sistema que no les aplica, de acuerdo con lo expuesto previamente.

Esto, en atención a que, si bien el nombramiento fue expedido por el alcalde del municipio de Sabanalarga, lo cierto es que ello no les otorga per se el carácter de territorial, teniendo en cuenta que la Ley 91 de 1989, al agrupar a los docentes afiliados al Fomag, determinó que en esta categoría se encuentran aquellos nombrados por una entidad territorial a partir de 1º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975, el cual dispuso:

“En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de

³³ Al respecto ver, entre otras, las sentencias de 9 de mayo de 2019, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, rad. 11001-03-15-000-2018-03408-01; 19 de mayo de 2019, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, rad. 11001-03-15-000-2018-03556-01; 22 de mayo de 2019, M.P. Alberto Yepes Barreiro, rad. 11001-03-15-000-2018-03407-01.

enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional.”

Adicionalmente, esta Sección ha destacado que la Ley 43 de 1975 es aquella “por medio de la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria, que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y las comisarías...”, en ese orden, ha concluido que los docentes, como la aquí accionante, no pertenecen al personal docente territorial.

Bajo este contexto y, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998, se advierte que a la tutelante no le es aplicable la Ley 50 de 1990, toda vez que se hizo extensiva, únicamente, a los “servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados”, lo cual no corresponde a los supuestos fácticos del presente caso” (Subrayas, negrillas y cursivas del original).

Teniendo en cuenta lo anterior, para la Sala es acertado concluir:

En primer lugar, que la sanción moratoria creada por el artículo 99-3º de la Ley 50 de 1990, castiga al empleador que antes del 15 de febrero de cada año no ha consignado el auxilio de cesantías correspondiente al año anterior, en la cuenta individual del Fondo que escoja el trabajador.

En segundo lugar, que actualmente el *plenum* del Consejo de Estado no cuenta con una línea *pacífica* relacionada con la aplicación del artículo 99-3º de la Ley 50 de 1990 al sector *docente oficial*. Al resolver procesos ordinarios y tutelas sobre este tópico, la Sección Segunda por *favorabilidad* ha estimado *viable* beneficiarlos con esa penalidad³⁴; la Sección Tercera, ha declarado improcedente el amparo constitucional (por incumplimiento del requisito general de relevancia constitucional) solicitado por aquellos a quienes en el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se les han negado las súplicas³⁵; y la Sección Quinta en sede constitucional, ha concluido que al ser excluidos por el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, para el reconocimiento de la *sanción moratoria* en cita, deben acreditar: (i) haberse

³⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de marzo de 2023 proferida dentro de la acción de tutela promovida por Piedad Puentes Méndez contra el Tribunal Administrativo del Huila, expediente 11001-03-15-000-2023-01063-00.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 19 de enero de 2023 proferida dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por Abiel Fernández Alvarado contra el Municipio de Santiago de Cali y Otro, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021).

Ver entre otras sentencias, las proferidas por esa misma Corporación el 12 de noviembre de 2020 (expediente 08001-23-33-000-2014-00132-01), el 28 de abril de 2022 (expediente 76001-23-33-000-2013-00756-01) y el 9 de mayo de 2022 (expediente 08001-23-33-000-2017-00795-01).

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 31 de marzo de 2023 proferida dentro de la acción de tutela promovida por María Cristina Díaz Bahena contra el Tribunal Administrativo del Quindío. Expediente 11001-03-15-000-2023-010518-00.

vinculado al nivel territorial desde el 31 de diciembre de 1996, y (ii) estar afiliado a un fondo privado de cesantías³⁶.

3.1.3. Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías:

La Ley 91 de 1989 no estableció un plazo o fecha para pagar los intereses de las cesantías de los docentes, y por contera, indemnización alguna por su cancelación extemporánea.

Sobre este asunto, el artículo 4º del Acuerdo 039 de 1998³⁷ expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contempló que los pagos se harían de acuerdo con la fecha de recepción de los reportes, sin referirse a sanción alguna, así:

“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 periodo comprendido entre el seis (6) de febrero y hasta el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la entidad territorial reporte la información con posterioridad a ésta fecha, la entidad fiduciaria, programará pagos posteriores de lo cual informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

Es menester recordar, que el artículo 1º del Decreto 52 de 1975³⁸ dispuso que todo patrono obligado a pagar cesantías a sus trabajadores debería a partir del 1º de enero de 1975, reconocer intereses así:

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

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio. Bogotá, D.C., Ocho (08) de Agosto de Dos Mil Diecinueve (2019). Radicación: 11001-03-15-000-2018-03270-01(AC). Actor: Yocasta Alcalá Terán. Demandado: Consejo De Estado, Sección Segunda, Subsección B.

³⁷ “Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”. Ver página web www.fomag.gov.co

³⁸ “Por el cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares”.

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

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

4º. *Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables”.*

Como se indicó *ut supra*, la liquidación y pago de las cesantías de los docentes no está sometida a las previsiones del Código Sustantivo del Trabajo; de suerte, que tampoco son acreedores de la indemnización prevista en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975.

3.2. Fondo del asunto:

3.2.1. Los hechos probados:

De conformidad con el plenario, la Sala encuentra acreditado lo siguiente:

a.- Aunque no obran en el expediente los actos administrativos relacionados con la vinculación de la demandante, del extracto de intereses a las cesantías emitido el 20 de octubre de 2021 por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se puede observar que ha causado intereses a las cesantías desde el año 1994. En tal virtud, se presume que ingresó al servicio docente oficial en esa anualidad³⁹.

Del mismo documento se advierte, que los últimos pagos realizados por concepto de *intereses a las cesantías* se efectuaron el 31 de marzo de 2019, 2020 y 2021⁴⁰.

b.- Mediante Comunicado N° 008 del 11 de diciembre de 2020, la Directora de Prestaciones Económicas del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

³⁹ Páginas 47 a 50, documento 1 de expediente electrónico visible en la Sede Electrónica para la Gestión Judicial de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa SAMAI.

⁴⁰ Página 50, *ibídem*.

Magisterio le precisó a los Secretarios de Educación el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes con régimen anualizado; indicándoles, que al 5 de febrero de 2021 debían haber liquidado la prestación (a través del programa HUMANO) y remitido los reportes de cesantías de los activos y retirados, con sus respectivos soportes (sobre los cuales se genera el valor a pagar y se asigna un punto de pago)⁴¹.

c.- A través del Oficio HUI2021EE001933 del 28 de enero de 2021, el Secretario de Educación del Huila le remitió a la Fiduprevisora S.A., el “*reporte cesantías docentes activos y retirados año 2020*”⁴².

d.- El 26 de julio de 2021, la demandante le solicitó a la Secretaría de Educación de Neiva, el pago de la sanción moratoria por la consignación inoportuna de las cesantías y la cancelación extemporánea de los intereses a las mismas, correspondientes al año 2020⁴³.

e.- La anterior petición, fue remitida el 27 de julio de 2021 a la Fiduprevisora S.A., mediante oficio con radicado N° HUI2021EE022203⁴⁴; circunstancia que fue puesta en conocimiento de la parte actora mediante Oficio HUI2021EE022273 del 28 de julio de 2021⁴⁵.

3.2.2. El caso concreto:

Es preciso recordar, que la demandante deprecia el reconocimiento y pago (i) de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a partir del 15 de febrero de 2021, por ser la fecha en que, estima, debieron consignarse las cesantías correspondientes a la anualidad 2020; y (ii) de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975 y en el Decreto 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado por los intereses causados en el año 2020.

Asimismo, que dichas pretensiones fueron en primera instancia desestimadas, porque a juicio del *a quo* los docentes no son acreedores de la sanción moratoria, ni de la indemnización procurada; comoquiera que la Ley 344 de 1996 los excluyó de dicho beneficio al prever que cuentan con un régimen

⁴¹ Páginas 95 a 97 de documento 11, *ibidem*.

⁴² Página 98, *ibidem*.

⁴³ Páginas 42 a 46 de documento 1, *ibidem*.

⁴⁴ Páginas 78 a 80 de documento 11, *ibidem*.

⁴⁵ Páginas 90 a 94, *ibidem*.

especial para el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales, a saber, el establecido en la Ley 91 de 1989.

La anterior decisión, no fue compartida por la parte actora, quien, a través del recurso de apelación, advirtió que el precedente constitucional y contencioso administrativo ha sido reiterativo en aceptar que a los docentes oficiales les asiste el derecho a reclamar que sus cesantías y que los intereses a las mismas sean consignados(as) y pagados(as) en los términos de los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 1º de la Ley 52 de 1975. Así entonces, en su sentir, la demandante indiscutiblemente debe ser favorecida con la sanción moratoria y la indemnización suplicada.

Teniendo en cuenta lo anterior, procede la Sala a resolver cada uno de los cargos que sustentan la impugnación, así:

a.- Como se mencionó en precedencia, el sistema creado por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, previó la liquidación anual del auxilio de cesantías y su consignación antes del 15 de febrero de cada año en las Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantías; so pena de la sanción por incumplimiento de dicha obligación, a razón de un día de salario por cada día de retardo.

Ese régimen anualizado, fue extendido por el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 a todos los *“servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afiliaran a los fondos privados de cesantías”* creados por la Ley 50 de 1990. Sin embargo, en esa extensión no se incluyeron los docentes oficiales, porque para esos efectos, cuentan con el régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989.

b.- Es menester indicar, que las sentencias que fundamentan el escrito introductorio y el recurso de alzada, en los términos de los artículos 10, 102 y 270 del C.P.A.C.A., no constituyen precedente unificador que vincule la posición y el criterio del operador judicial.

Incluso, así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia SU-098 de 2018, cuando manifestó que *“no existe una posición unificada respecto a la aplicación de la norma de reconocimiento y pago de la sanción moratoria que contempla el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes. En*

consecuencia, no es posible afirmar que se desconoció el precedente de la jurisdicción contencioso administrativo”.

Tampoco se puede afirmar que el *a quo* desconoció el precedente de unificación contemplado en la sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 del 6 de agosto de 2020, comoquiera que el Consejo de Estado en esa providencia determinó *“el momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción para reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías anualizadas”*; sin hacer referencia a fundamentos fácticos o jurídicos similares a los del *sub lite*.

c.- Como ya se indicó, la Sección Segunda del Consejo de Estado, recientemente estimó *“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”*⁴⁶.

No obstante, la Sala disiente y se aparta de esa posición por las razones que pasan a exponerse:

i.- Actualmente es indiscutible la disparidad de criterios que existe al interior del Consejo de Estado sobre la aplicación del artículo 99-3º de la Ley 50 de 1990 al sector *docente oficial*. Esa situación por sí misma, releva al juez de obedecer un precedente que no está unificado y que resulta contradictorio frente a otras decisiones de la misma Corporación.

ii.- El principio de *favorabilidad* es la herramienta hermenéutica disponible para disipar las dudas sobre aplicación de determinada disposición jurídica; la existencia de este conflicto se da cuando dos o más textos legislativos que se encuentran vigentes al momento de causarse el derecho que se reclama, son aplicables para su solución.

En tales eventos, los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la norma que mayor provecho otorgue

⁴⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente Dr. William Hernández Gómez. Bogotá D.C., diecinueve (19) de enero de 2023. Radicación 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021). Demandante: Abiel Fernández Alvarado. Demandada: Municipio de Santiago de Cali y otro.

al trabajador, al afiliado o al beneficiario del sistema de seguridad social, respetando en todo caso, la aplicación íntegra del cuerpo normativo al cual pertenece la referida regla normativa (principio de *inescindibilidad*)⁴⁷.

La Sala considera que para resolver el *sub examine*, no es necesario recurrir al principio de *favorabilidad*, en la medida en que no se está frente a dos disposiciones que ofrezcan un trato diferenciado y/o antinomias legales; a *contrario sensu*, lo que se aprecia es que la Ley 91 de 1989 –régimen especial de los *docentes*– no contempló la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías que introdujo la Ley 50 de 1990, y que por virtud de la Ley 344 de 1996 se extendió a los servidores públicos territoriales, con excepción del sector educativo.

La diferencia que destaca la demandante y en la que soporta sus pretensiones, encuentra asidero en la voluntad del legislador, en la naturaleza y en el tipo de relaciones que regula uno y otro régimen; características, que por sí mismas no implican la trasgresión al principio de *igualdad* y no demandan –como ya se dijo– la aplicación del principio de *favorabilidad*.

Ahora, la periodicidad *anualizada* para la liquidación de las cesantías no implica *per se*, que el régimen de los docentes sea el mismo o se le apliquen las disposiciones del marco prestacional de los demás servidores públicos o particulares. Justamente, porque entre ellos se distingue el origen de los recursos, la forma de administración, el fondo administrador y el trámite para su reconocimiento y pago.

iii.- La ponderación de derechos y la aplicación en materia laboral de la *favorabilidad e igualdad* tiene cabida cuando al reclamante por vacío legal se le impide lucrarse de un beneficio otorgado a la mayoría.

Al respecto, es importante recordar (*i*) que por mandato constitucional los servidores públicos no podrán devengar emolumentos diferentes a los que la ley o el reglamento dispone (artículo 122 Superior) y (*ii*) que el ordenamiento jurídico hizo a los docentes oficiales acreedores de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías.

⁴⁷ SU267/19

Ello quiere decir que, si cuentan (al igual que la mayoría) con un respaldo al respecto (Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006) y que, aunque ese respaldo es diferente al regulado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dicha diferencia radica en la especialidad de su régimen.

iv.- El principio de *inescindibilidad de la norma* jurisprudencialmente se ha estructurado con fundamento en el principio de *favorabilidad*, consistente en “entender que las normas jurídicas bajo las cuales ha de regirse un asunto concreto, deben ser aplicadas en su integridad, es decir, no pueden ser divididas para resolver con parte de ellas y arte de otras el caso que se trate”⁴⁸.

Para esta Colegiatura, la aplicación del régimen contenido en la Ley 50 de 1990, en lo que atañe a la forma de liquidar y el trámite de pago de las cesantías, desconocería la especialidad del régimen que la Ley 91 de 1989 consagró para los docentes y modificaría la forma que dispuso para de administrar, liquidar y de cancelar las cesantías.

Esto quiere decir, que, en lo relacionado con las *cesantías y sus intereses*, no es procedente que los docentes apelen a un régimen diferente cuando el que los ampara, ya lo regula; o, que el vacío normativo (sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías) se satisfaga con la aplicación parcial de un marco normativo general (creándose un *lex tertia*).

Se hace alusión a una aplicación parcial porque para el reconocimiento de la sanción moratoria no se puede dejar de lado que la función asignada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es especial y que en todos los casos no necesariamente la imputación de la responsabilidad por la omisión en la consignación del auxilio es del *empleador* (como lo establece el artículo 99-3º de la Ley 50 de 1990); más aún, si se tiene en cuenta que los recursos para el pago de la prestación son girados por el Ministerio de Educación al Fondo y que la entidad territorial (quien funge como administrador del servicio educativo y a veces como nominador) no interviene en el traslado de esos dineros (Leyes 91 de 1989 y 1955 de 2019).

⁴⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 30 de mayo de 2019, proferida dentro del expediente 25000-23-42-000-2013-02235-01 (2602-16) CE-SUJ-01619. Ponencia del Dr. William Hernández Gómez. Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, sentencia de febrero 20 de 2020, C.P. Carmelo Darío Perdomo Cuéter, Rad. 73001-23-33-000-2014-00641-01.

v.- La aplicación integral del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a la situación de los educadores también se dificulta cuando se trata de contabilizar la mora; en la medida en que tampoco puede pasarse por alto que los recursos provienen del Sistema General de Participaciones y se descuentan directamente de los rubros que anualmente se distribuyen para la prestación del servicio educativo; los cuales, deben ser presupuestados por la entidad territorial⁴⁹.

vi.- En la sentencia SU-98 de 2018, que sustenta las súplicas no puede tenerse como precedente de unificación vinculante, pues en ese caso, la Corte Constitucional se refirió a un docente que no fue afiliado a ningún Fondo, y no al reconocimiento de la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Fue precisamente por esa diferencia fáctica, que la Corte Constitucional no se refirió a la naturaleza y a la especialidad del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; el cual, funciona como una cuenta especial de la Nación encargada de la administración de las prestaciones sociales de los docentes, cuyos recursos son manejados a través de una fiducia, y que, a diferencia de las Sociedades Administradoras de Fondos Privados de Cesantías, no tiene dispuesta una cuenta individual en la que el afiliado recibe la consignación de sus cesantías.

Aunque es cierto que la existencia de las cuentas individuales no hace parte del fondo de la discusión, si es importante destacar esta característica para insistir una de las tantas diferencias que existen entre el régimen docente y el de los particulares y/o servidores públicos afiliados a un fondo privado de cesantías.

Se itera que, aunque el legislador generalizó el sistema anualizado para la liquidación de las cesantías, su voluntad también se dirigió a distinguir a través de diferentes regímenes: el trámite, la forma, los plazos y los administradores de los recursos de uno y otro trabajador (docente vs particular y servidor público del nivel territorial afiliado a un fondo privado). Y, es por esa legal categorización que para la Sala no resulta adecuado exigir al empleador o al

⁴⁹ Ley 715 de 2001 por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. [...] Parágrafo 1º del artículo 18. 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.»

administrador de los dineros cumplir con una obligación que no se incluyó en el compendio normativo sobre el cual debe orientar su funcionamiento (consignar las cesantías y cancelar los intereses antes del 15 de febrero y del 31 de enero de cada año, respectivamente).

Así entonces, por las razones señaladas la Sala considera que la demandante no es acreedora de la sanción moratoria y/o la indemnización procurada. En tal virtud, es inocuo hacer referencia a la responsabilidad que prevé el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019⁵⁰.

Finalmente, es apropiado concluir que el pago de los intereses a las cesantías de los docentes se encuentra regulado en los artículos 15-3º de la Ley 91 de 1989 y 4º del Acuerdo 39 de 1998 del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, que de acuerdo con esta reglamentación y con las pruebas arrimadas, estos fueron cancelados oportunamente (en el mes de marzo de 2021).

En mérito de lo anterior, la Sala colige que no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado. Por contera, se despachará desfavorablemente la alzada y se confirmará la sentencia impugnada.

4. Condena en Costas

En lo que concierne a las de segunda instancia, es menester precisar que la postura del despacho ponente radicaba en que debía seguir aplicándose el criterio objetivo valorativo para su imposición; no obstante, en atención a la

⁵⁰ "ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. 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.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO . La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

PARÁGRAFO TRANSITORIO . Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención".

posición garantista de los derechos de la parte vencida en juicio que ha venido adoptando la Sala Mayoritaria, se acoge lo preceptuado en el artículo 188 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, estimando que no es procedente la condena en costas cuando no se aprecia que los planteamientos de la parte vencida en juicio carezcan de fundamento legal, como ocurre en este caso, pues se observa que la demandante ejerció su derecho bajo una interpretación normativa razonable.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo del Huila, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2022 por el Juzgado Tercero Administrativo de Neiva, por medio de la cual denegó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el proceso al juzgado de conocimiento, previas anotaciones en la Sede Electrónica para la Gestión Judicial de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa SAMAI o en el sistema de gestión judicial Justicia Siglo XXI, según sea el caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutida y aprobada virtualmente en Sala de Decisión No. 5 de la fecha, según consta en Acta No. 016.

(Firmado electrónicamente)

NELCY VARGAS TOVAR

Magistrada

(Ausente con excusa)

GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA

Magistrado

(Firmado electrónicamente)

JOSÉ MILLER LUGO BARRERO

Magistrado