



UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA
GESTIÓN DE BIBLIOTECAS



CARTA DE AUTORIZACIÓN

CÓDIGO

AP-BIB-FO-06

VERSIÓN

1

VIGENCIA

2014

PÁGINA

1 de 1

Neiva, 01 de agosto de 2022

Señores
CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN
UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA
Ciudad

El suscrito:

TEJADA RAMIREZ EDGAR MIGUEL, con C.C. No. 1.075.258.486

Autor del artículo de grado titulado CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS ANUALIZADAS Y EL PAGO DE INTERÉS SOBRE LAS CESANTÍAS ACUMULADAS PARA LOS DOCENTES, presentado y aprobado en el año dos mil veintidós (2022) como requisito para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo.

Autorizo al CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN de la Universidad Surcolombiana para que, con fines académicos, muestre al país y el exterior la producción intelectual de la Universidad Surcolombiana, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera:

- Los usuarios puedan consultar el contenido de este trabajo de grado en los sitios web que administra la Universidad, en bases de datos, repositorio digital, catálogos y en otros sitios web, redes y sistemas de información nacionales e internacionales “open access” y en las redes de información con las cuales tenga convenio la Institución.
- Permita la consulta, la reproducción y préstamo a los usuarios interesados en el contenido de este trabajo, para todos los usos que tengan finalidad académica, ya sea en formato Cd-Rom o digital desde internet, intranet, etc., y en general para cualquier formato conocido o por conocer, dentro de los términos establecidos en la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995 y demás normas generales sobre la materia.
- Continúo conservando los correspondientes derechos sin modificación o restricción alguna; puesto que, de acuerdo con la legislación colombiana aplicable, el presente es un acuerdo jurídico que en ningún caso conlleva la enajenación del derecho de autor y sus conexos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, “Los derechos morales sobre el trabajo son propiedad de los autores”, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.

EL AUTOR/ESTUDIANTE:

Firma: Edgar M. Tejada

Vigilada Mineducación

La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá ser consultada a través del sitio web Institucional www.usco.edu.co, link Sistema Gestión de Calidad. La copia o impresión diferente a la publicada, será considerada como documento no controlado y su uso indebido no es de responsabilidad de la Universidad Surcolombiana.



DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO

CÓDIGO	AP-BIB-FO-07	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	1 de 4
---------------	---------------------	----------------	----------	-----------------	-------------	---------------	---------------

TÍTULO: CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS ANUALIZADAS Y EL PAGO DE INTERÉS SOBRE LAS CESANTÍAS ACUMULADAS PARA LOS DOCENTES.

AUTOR (ES):

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
TEJADA RAMIREZ	EDGAR MIGUEL

DIRECTOR Y CODIRECTOR TESIS:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
N/A	

ASESOR (ES):

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
LOPEZ DAZA	GERMAN ALFONSO

PARA OPTAR AL TÍTULO DE: ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

FACULTAD: CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

PROGRAMA O POSGRADO: ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

CIUDAD: NEIVA

AÑO DE PRESENTACIÓN: 2022

NÚMERO DE PÁGINAS: 19

TIPO DE ILUSTRACIONES (Marcar con una X):

Diagramas ___ Fotografías ___ Grabaciones en discos ___ Ilustraciones en general ___ Grabados ___
Láminas ___ Litografías ___ Mapas ___ Música impresa ___ Planos ___ Retratos ___ Sin ilustraciones **X** ___
Tablas o Cuadros ___

SOFTWARE requerido y/o especializado para la lectura del documento: N/A

MATERIAL ANEXO: N/A

Vigilada Mineducación

La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá ser consultada a través del sitio web Institucional www.usco.edu.co, link Sistema Gestión de Calidad. La copia o impresión diferente a la publicada, será considerada como documento no controlado y su uso indebido no es de responsabilidad de la Universidad Surcolombiana.



PREMIO O DISTINCIÓN (En caso de ser LAUREADAS o Meritoria): N/A

PALABRAS CLAVES EN ESPAÑOL E INGLÉS:

<u>Español</u>	<u>Inglés</u>
Docentes, auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, sanción por mora, servidores públicos, derecho a la igualdad.	teachers, severance assistance, interest on severance payments, late payment penalty, public servants, right to equality.

RESUMEN DEL CONTENIDO: (Máximo 250 palabras)

En este artículo se examina la viabilidad, en el ordenamiento jurídico, sobre la posibilidad que tienen los docentes oficiales para reclamar la sanción por mora, establecida en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el decreto 1582 de 1998, causadas por la no consignación a tiempo del empleador del auxilio de cesantías, fecha máxima hasta el 14 de febrero del año inmediatamente posterior, y por la consignación tardía de los intereses sobre las cesantías acumuladas al 31 de diciembre, que tiene plazo máximo del 31 de enero del siguiente año.

Se procederá a explicar el régimen docente y sus excepciones, la categoría que tienen como servidores públicos y por ende ser acreditados como beneficiario de la sanción por mora establecida, también se diferenciarán el régimen excepcional del docente con el régimen del servidor público general.



DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO

CÓDIGO

AP-BIB-FO-07

VERSIÓN

1

VIGENCIA

2014

PÁGINA

3 de 4

Por último se concluirá, respecto al autor, si es viable el pago de la sanción por mora para los docentes oficiales.

ABSTRACT: (Máximo 250 palabras)

In this article we examine the viability, in the legal system, about the possibility that official teachers have to claim the late payment penalty, established in Laws 50 of 1990, 344 of 1996 and Decree 1582 of 1998, caused by the employer's failure to timely deposit the severance payment, maximum date until February 14 th of the immediately following year, and by the late deposit of interest on severance payments accrued until December 31 st , which has a maximum term of January 31 st of the following year.

It will proceed to explain the teaching regime and its exceptionalities, the category they have as public workers and therefore be credited as a beneficiary of the penalty for late payment established, there will be differentiated the exceptional regime of the teacher with the regime of the general public servant.

Finally, it will be concluded, with respect to the author, whether the payment of the late payment penalty for official teachers is feasible.

APROBACION DE LA TESIS: No Aplica

Nombre Presidente Jurado:

Firma:

Nombre Jurado:

Firma:

Nombre Jurado:

Vigilada Mineducación



**UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA
GESTIÓN DE BIBLIOTECAS**



DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO

CÓDIGO	AP-BIB-FO-07	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	4 de 4
---------------	---------------------	----------------	----------	-----------------	-------------	---------------	---------------

Firma:

Vigilada Mineducación

La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá ser consultada a través del sitio web Institucional www.usco.edu.co, link Sistema Gestión de Calidad. La copia o impresión diferente a la publicada, será considerada como documento no controlado y su uso indebido no es de responsabilidad de la Universidad Surcolombiana.

CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS ANUALIZADAS Y EL PAGO DE INTERÉS SOBRE LAS CESANTÍAS ACUMULADAS PARA LOS DOCENTES.

Edgar Miguel Tejada Ramírez

RESUMEN.

En este artículo se examina la viabilidad, en el ordenamiento jurídico, sobre la posibilidad que tienen los docentes oficiales para reclamar la sanción por mora, establecida en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el decreto 1582 de 1998, causadas por la no consignación a tiempo del empleador del auxilio de cesantías, fecha máxima hasta el 14 de febrero del año inmediatamente posterior, y por la consignación tardía de los intereses sobre las cesantías acumuladas al 31 de diciembre, que tiene plazo máximo del 31 de enero del siguiente año.

Se procederá a explicar el régimen docente y sus excepcionalidades, la categoría que tienen como servidores públicos y por ende ser acreditados como beneficiario de la sanción por mora establecida, también se diferenciarán el régimen excepcional del docente con el régimen del servidor público general.

Por último se concluirá, respecto al autor, si es viable el pago de la sanción por mora para los docentes oficiales.

PALABRAS CLAVES: Docentes, auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, sanción por mora, servidores públicos, derecho a la igualdad.

ABSTRACT

In this article we examine the viability, in the legal system, about the possibility that official teachers have to claim the late payment penalty, established in Laws 50 of 1990, 344 of 1996 and Decree 1582 of 1998, caused by the employer's failure to timely deposit the severance payment, maximum date until February 14th of the immediately following year, and by the late deposit of interest on severance payments accrued until December 31st, which has a maximum term of January 31st of the following year.

It will proceed to explain the teaching regime and its exceptionalities, the category they have as public workers and therefore be credited as a beneficiary of the penalty for late payment established, there will be differentiated the exceptional regime of the teacher with the regime of the general public servant.

Finally, it will be concluded, with respect to the author, whether the payment of the late payment penalty for official teachers is feasible.

KEY WORDS: teachers, severance assistance, interest on severance payments, late payment penalty, public servants, right to equality.

INTRODUCCIÓN.

En el presente ensayo se establece el vacío legal en el que se encuentra el régimen docente al no regular, en la ley, fecha límite para el pago del auxilio de cesantías y el pago de los intereses sobre el acumulado de cesantías que posean los docentes a corte de 31 de cada año.

En el año 2021, las entidades territoriales certificadas por el Ministerio de Educación Nacional (MEN), conocieron de un creciente número de peticiones en que sus pretensiones abarcan emolumentos de carácter laboral, siendo de importancia que el lector adquiera conocimientos sobre el régimen docente y esbozar una posible solución para la respuesta de dichas peticiones.

En el año 2021, el Departamento del Huila, se recibieron por medio del Sistema de Atención al Ciudadano (SAC), un total de 2.500 solicitudes, en el que se peticiona el reconocimiento y pago de sanción por mora originada por el pago tardío de las cesantías y de los intereses de las cesantías sobre el acumulado a corte de 31 de diciembre de cada año.

Dichas peticiones se fundamentan en:

“...Primero: en el artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 31 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, siendo obligatoria entonces la consignación de las CESANTIAS en el fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docentes antes del 15 de febrero siguiente y sus intereses antes del 31 de enero de 2021.

Segundo: la entidad territorial estaba obligada a girar los recursos de las CESANTIAS que generó mi representado como docente en su actividad oficial en la vigencia fiscal año 2020, a más tardar el día 15 de febrero del año 2021 y no lo efectuó y no lo ha realizado a la fecha. Así mismo estaba obligado a liquidar el valor de lo que le correspondía por CESANTIAS para el mismo periodo del año 2020, para que fueran cancelados sus intereses a las cesantías antes del 31 de enero siguiente y solo se cancelaron después del 1 de abril de 2021, en abierta vulneración de la ley y del desarrollo jurisprudencial que se ha determinado en la materia, de conformidad con lo ordenado en la ley 50 de 1990, ley 52 de 1975 y en el Decreto Nacional 1176 de 1991...”

En Colombia los docentes poseen un régimen exceptuado que los diferencia de los demás servidores públicos, siendo regulado por la ley 91 de 1989 y específicamente en su artículo 15, numeral tercero, establece el régimen de pago de cesantías anualizado y el pago de un interés anual sobre saldo de cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, las cuales equivalen a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés que certifique la Superintendencia Bancaria en el mismo periodo.

Ahora bien, se ha establecido que, los docentes en su régimen exceptuado, tiene el derecho del pago cesantías y de intereses sobre el acumulado de las cesantías que posean a corte del 31 de diciembre de cada año, pero la Ley no establece la fecha límite para el reconocimiento de estos, ni reconoce el pago de una sanción por el la demora en el reconocimiento de estos, siendo este un pilar en los fundamentos que en base se realizaron las solicitudes radicadas en el 2021.

Con relación a lo anterior, el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, expidió el acuerdo 39 de 1998, en el que se establece la fecha límite el mes de marzo para pagar estos intereses, en el presente ensayo se establecerá

sí, un acuerdo de una entidad pública puede regular derechos laborales, los cuales son derechos fundamentales.

Del mismo modo la Fiduprevisora S.A., mediante expedición de comunicados ha impartido órdenes a las entidades territoriales en la que señala que tienen que realizar el reporte de cesantías y comunicarse a la fiducia de los docentes que tiene a cargo, antes del 14 de febrero del año siguiente.

Las solicitudes radicadas en la Gobernación del Huila, fundamentan que el régimen docente, no establece fecha para la consignación de cesantías, ni determina la fecha en que deben pagarse los intereses sobre el acumulado de las cesantías que posean a corte del 31 de diciembre de cada año y por tal razón existe un vacío legal, el cual puede solucionarse por analogía aplicando el régimen general de los empleados públicos al régimen docente.

Se procede a profundizar la diferencia entre el régimen docente y el régimen general de los servidores públicos en el pago del auxilio de las cesantías y el pago de los intereses de las cesantías y, si el vacío legal puede subsanarse con lo reglamentado en el régimen general.

Para lo anterior se esbozará la jurisprudencia del Consejo de Estado y Constitucional referente al reconocimiento de indemnización moratoria por la demora en el pago de las cesantías parciales y definitivas a los docentes, jurisprudencia que ya ha abarcado y ha reconocido, en virtud del principio de igualdad, el principio de interpretación, el principio de analogía y el principio de favorabilidad en materia laboral, la aplicación del régimen general del servidor público para solucionar el vacío del régimen excepcional de los docentes, por resultar más beneficiosa para estos últimos.

El texto se sumerge en la regulación legal del régimen docente y procede a plantear preguntas sobre la constitucionalidad y legalidad de los acuerdos creados por Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para regular derechos laborales, y si dichos acuerdos, tienen carácter legal sobre asuntos específicos, que de no ser así, procede una contravía con la constitución y la ley.

1. RÉGIMEN PRESTACIONAL DOCENTE.

En virtud de expedición de la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 3, se establece como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística sin personería jurídica y cuyos recursos serán manejados por una Entidad Fiduciaria Estatal o de economía mixta en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.

Conforme al Artículo 3 de la Ley en cita, la Nación en cabeza del Ministerio de Educación Nacional y la FIDUPREVISORA S.A suscribieron el contrato de Fiducia, cuyo objeto es "(...) Construir una Fiducia Mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag), con el fin de que la FIDUCIARIA los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previsto para EL FONDO, conforme a las instrucciones que les sea impartidas por el Consejo Directivo del mismo.

Dicho Fondo administra los recursos que se recaudan a los docentes referente a salud, pensión y también se encarga del pago de las prestaciones sociales y económicas como los servicios de salud, pensión, cesantías, auxilio y pago de incapacidades.

La creación del Fomag y su categoría de régimen excepcional no le permite a los docentes escoger un régimen de pensión privado, tampoco les da la libertad para

escoger un fondo de cesantías privado o de escoger el Fondo Nacional del Ahorro, pues como se ha explicado todos los recursos laborales en materia de seguridad social de los docentes, solo puede ir y pueden ser manejados por el Fomag.

1.1. RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

Al respecto indica el artículo 15, numeral tercero de la ley 91 de 1989, que la Ley distingue entre dos regímenes de cesantías para los docentes, el primero es para los docentes vinculados con antes de la vigencia de la Ley de la Ley 91, es decir antes del 31 de diciembre de 1989, los cuales se llamarán nacionalizados y sus cesantías se pagaran de manera retroactiva.

El segundo y el que nos interesa, son los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la Ley 91, es decir desde el 1 de enero de 1990. A estos docentes se les cancelara o consignara en el Fomag, una cesantía anualmente, no tienen derecho a ser liquidadas con retroactividad, es así como a estos docentes cada año se les liquida las cesantías que van a ser giradas por el Gobierno Nacional al Fomag.

Ahora bien, ya fijado el modo que se les reconoce las cesantías y la transferencia de estas al Fomag, este último está obligado a reconocer y pagar un interés anual sobre el saldo de cesantías que estos posean a 31 de diciembre de cada año, igual a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero del último año, que se liquidará anualmente.

Como se evidencia en una lectura a la Ley 91 de 1989, esta, no determina la fecha límite en que se deberán consignar o transferir las cesantías al Fomag, ni cuando este último, deberá cancelar los intereses anuales sobre el acumulado que tengan los docentes.

1.2. RÉGIMEN CESANTÍAS DEL SERVIDOR PÚBLICO.

Los servidores públicos que se haya vinculado con el estado, en cualquiera de su nivel nacional o territorial, a partir de la vigencia de la Ley 344 de 1996, les cobija el régimen de liquidación de cesantías anualizadas.

En el régimen general, los empleados del estado poseen la libertad para escoger el fondo de su preferencia, al cual se le consignaran las cesantías del trabajador, también se les pagara unos intereses sobre las cesantías de un 12% anual.

Se puede diferenciar que, mientras en el régimen docente, las cesantías solo pueden ser consignadas o transferidas al Fomag, el régimen general del servidor público tiene la libertad de escoger el fondo a su preferencia.

En cuanto al pago de intereses sobre las cesantías acumuladas, al servidor público se le cancelara un interés del 12% anual, diferente al pago que se le realiza a los docentes, pues estos se les pagara un interés equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés que haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo periodo.

Hay que hacer la anotación que el reconocimiento de cesantías anualizadas para el régimen general del servidor público, ya estaba regulado en la Ley 50 de 1990, estos es para los trabajadores del sector privado.

En la ley 50 de 1990, en su artículo 9, numeral 3 dicta lo siguiente:

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

Conforme lo anterior se establece que el 14 de febrero del año siguiente es la última oportunidad para consignar las cesantías anualizadas, de no ser así, se pagara un día de salario por cada día de mora, se tendrá una sanción por mora.

Esta misma sanción se cancelara para los servidores públicos del régimen general, ya que mediante el decreto 1582 de 1998, se extendió el reconocimiento y pago de cesantías anualizadas y de los intereses, al régimen general del servidor público de nivel nacional y territorial.

2. ACUERDOS DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

El Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el acuerdo 39 de 1998, que establece:

“... El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizara 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 de Fondo a más tardar el cinco (05) 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 06 de febrero y el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la Entidad Territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la Entidad Fiduciaria programara pagos posteriores...”

Hay casos en los que, por inconsistencias en el reporte se realiza el pago del interés anual sobre el saldo de cesantías que posean a 31 de diciembre de cada año en fechas posteriores a las determinadas por el acuerdo 39 de 1998, de igual forma, la

Fiduprevisora S.A. programa pagos en el transcurso del año que no coincide con el mes de marzo.

Ahora bien, como la ley 91 de 1989 no reglamenta el plazo máximo para cancelar el interés anual sobre el saldo de las cesantías que pasean al 31 de diciembre, el consejo directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, por medio de la expedición del acuerdo 39 de 1998, asumió la competencia para regular dicho lapso de pago.

Se adentrara al estudio si el consejo directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio está facultado legalmente para regular dicho proceso o en caso contrario radica una falta de competencia, basándonos en el artículo 121 de la Constitución Política, que explica que “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”, originando un vacío legal para la fecha límite del pago de los intereses a las cesantías que posean los docentes a corte del 31 de diciembre de cada año

3. POTESTAD REGLAMENTARIA DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

En sentencia de unificación del Consejo de Estado No. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) B, se procedió a decretar la nulidad del inciso 1 del artículo 5 del acuerdo No 34 de 1998 expedido por el consejo directivo del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, el cual establecía:

ARTICULO QUINTO: PERIODICIDAD. *No podrán radicarse solicitudes por trámite ordinario, sino después de tres años contados a partir de la fecha de pago a la anterior.*

El anterior artículo establecía una limitación a los docentes para reclamar el auxilio

de cesantías, pues los docentes tenían que esperar un tiempo de 3 años para solicitar cesantías parciales, contadas desde el pago anterior, a diferencia de los demás servidores públicos que pueden reclamar las cesantías al fondo donde están consignado cada año.

Para el consejo de estado, el articulado demandado fue expedido con desconocimiento de las normas en que debería fundarse y su competencia, por tal razón procedió a decretar su nulidad.

Abarco temas como la potestad reglamentaria, sus alcances y límites, explicándola como dicha “capacidad que conlleva a la facultad de expedir normas administrativas de carácter general y reguladoras de la actividad de los particulares y base para la actuación de las autoridades”, es decir las autoridades administrativas están facultadas para expedir normas reguladoras siempre y cuando la ley les confiera esta potestad reguladora.

En igual sentido la corte constitucional ha establecido “que se hace referencia a la prohibición general de que puedan establecerse restricciones a los derechos constitucionales fundamentales en fuentes diferente a la ley (Corte Constitucional, Sentencia C-1262 de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto).

Conforme a lo anterior, si bien, la potestad reglamentaria de las autoridades administrativas les confiere el poder expedir normatividad reguladora de carácter general de la actividad de los particulares, esta debe ser conferida por la ley y no debe expedirse por fuentes diferentes a ellas como en el caso de estudio un acuerdo, siendo un acto administrativo de carácter general expedido por la administración.

Como se ha explicado normatividad que crea y regula legalmente el Fomag, no establece un lapso máximo para que el empleador transfiera las cesantías al fondo,

ni la fecha que debe cancelarse los intereses a las cesantías sobre el acumulado de tengan los docentes a corte del 31 de diciembre de cada año, siendo el consejo directivo de dicho fondo el que lo reglamento en el acuerdo 39 de 1998.

Ahora bien, como se ha explicado, la potestad reglamentaria para que una autoridad administrativa regule derechos fundamentales, debe estar autorizada o contenida en la Constitución o en la Ley, para verificar si el consejo directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está revestido de la potestad reglamentaria, analizamos el artículo 7 de la ley 91 de 1989, donde a nivel legal establece las funciones de este consejo:

“Determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, velando siempre por su seguridad, adecuado manejo y óptimo rendimiento.

Analizar y recomendar las entidades con las cuales celebrará los contratos para el funcionamiento del Fondo.

Velar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del Fondo.

Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que se garantice una distribución equitativa de los recursos.

Revisar el presupuesto anual de ingresos y gastos del Fondo y remitirlo al Gobierno Nacional para efecto de adelantar el trámite de su aprobación.

Las demás que determine el Gobierno Nacional.”

El articulado anterior nos demuestra que, el consejo directivo del fondo de prestaciones sociales del magisterio, no tiene competencia para regular el tiempo para cancelar las cesantías anualizadas de los docentes, ni tiene competencia para determinar la fecha a pagar los intereses a las cesantías por el acumulado que posean a corte del 31 de diciembre de cada año, siendo así una extralimitación y carencia competencia de dicho acuerdo.

Al no tener competencia, el acuerdo 38 de 1998 puede ser demandado por nulidad simple, tal cual fue demandado el inciso 1 del artículo 5 del acuerdo No 34 de 1998, en el cual establecía un tiempo de 3 años para que los docentes reclamaran sus cesantías parciales, se evidencia la extralimitación y la no competencia por parte del Fomag a regular derechos laborales, limitando de esta forma derechos fundamentales.

4. VACÍO LEGAL EN EL RÉGIMEN DOCENTE

Que se evidencia que al no estar regulado legalmente la fecha para el pago de las cesantías anualizadas y el pago de los intereses a las cesantías, y la falta de competencia para que este sea reglamentado por el consejo directivo del fondo, se origina un vacío legal en el régimen docente, que como se explicara conforme a la reiterada jurisprudencia, puede solucionarse por la asimilación en el pago de los intereses a las cesantías de los empleados públicos, es decir por lo regulado en el régimen general de los empleados públicos o servidores públicos.

Referente a lo anterior, la posibilidad de igualar el régimen docente, que es excepcional, con el de los demás servidores públicos, entraremos a estudiar la jurisprudencia constitucional y del consejo de estado referente al reconocimiento de

sanción por mora por el pago tardío del auxilio de las cesantías parciales y definitivas a los docentes, como se ha expuesto en la sentencia de unificación Sentencia SU-041 del 2020. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez, de la Corte constitucional en relación con la extensión del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías a los docentes oficiales.

En el mismo sentido la Sentencia SU-336 de 2017, M.P.: Iván Humberto Escrucería Mayolo, es clara en señalar que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, esto es, que les es aplicable la figura del régimen general de cesantías de los servidores públicos al no encontrarse regulada en el régimen especial de la **Ley 91 de 1989**.

La corte constitucional se ha pronunciado, que si bien el pago de la sanción moratoria está regulada por el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y esta no expresa su favor al régimen docente, también es clara en determinar que, la ley 91 de 1989, al no regular dicho pago “en virtud de los principios de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicarla por resultar más beneficiosa para el trabajador, pues esta es la interpretación que resultaba más ajustada a la Constitución.”(Sentencia SU-098 de 2018, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.)

El consejo de estado en sentencia de unificación de jurisprudencia, otorgo a los docentes la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, por ser estos servidores públicos que están al servicio del Estado y de la comunidad (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 18 de julio de 2018. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicado. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18).

Corolario a lo anterior, por mandato constitucional la educación es un servicio público esencial y un derecho fundamental, el cual el estado está obligado a garantizar su prestación, también la educación siendo un fin que se relación con la oportunidad de alcanzar la paz, acceder a una mejor oportunidad laboral y relacionada íntimamente con el desarrollo social del país, se extrae que, “los docentes oficiales desarrollan una actividad en aras de materializar el interés de la comunidad, cuya motivación está basada en un ideal de servicio público más que en el interés propio, y por ende, dirigida a la consecución de los fines esenciales del Estado”(Consejo de Estado, Sentencia de Unificación Radicado. 73001-23-33-000-2014-00580-01)

En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional y del consejo de estado antes expuesto, los docentes, en tanto empleados públicos por que prestan un servicio público esencial a cargo del Estado y en beneficio del interés general, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, en aplicabilidad de los principios de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral.

Por la anterior se puede concluir, que si bien, la fecha máxima para el pago de las cesantías anualizadas y el pago de los intereses sobre las cesantías acumuladas al 31 de diciembre de cada año, no está regulada por la ley 91 de 1989, encontrándonos un vacío legal, y la imposibilidad del consejo directivo del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio para regular dichas disposiciones, por principios constitucionales y de favorabilidad, al régimen docente se le debe equiparar al de los servidores públicos general, como lo reitera la jurisprudencia constitucional y del consejo de estado, en casos similares.

CONCLUSIONES.

La no regulación en la Ley de las fechas en que se deben consignar las cesantías anualizadas de los docentes y el pago de los intereses a las cesantías sobre el acumulado al 31 de diciembre de cada año, han generado un vacío legal.

Si bien en Colombia los docentes poseen un régimen excepcional regulado por la Ley 91 de 1989, la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado ha establecido que estos poseen la calidad de servidor público.

Al ponerlos en un plano de igualdad con el régimen general de los servidores públicos, los docentes son acreedores a los derechos otorgados que no se hayan reconocido en la Ley 91 de 1989.

Que si bien el acuerdo 39 de 1998 expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, regula el tiempo en que se debe cancelar los intereses sobre el acumulado de las cesantías a 31 de diciembre de cada año, esta es una extralimitación de la potestad reglamentaria, pues este no está facultado ni por la Ley, ni la Constitución.

Se ha observado que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en su reiterada jurisprudencia han determinado que los acuerdos expedidos por Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, son inconstitucionales pues no se tiene la facultad para regular derechos fundamentales, tales como derechos laborales.

Es evidente que ante una acción de nulidad simple que se interponga contra el acuerdo 39 de 1998, este saldrá del régimen normativo de Colombia y que este vacío legal que se ha explicado puede ser suplido por el régimen general

prestacional de los servidores públicos, conforme a los principios de igualdad y favorabilidad en materia laboral.

Es así como el Gobierno Nacional, representado por el Ministerio de Educación Nacional y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, deben modificar y expedir una normatividad de jerarquía legal, la cual adicione y establezca las fechas en que se le deberán cancelar a los docentes las cesantías anualizadas y el pago de los intereses sobre las cesantías acumuladas al 31 de diciembre de cada año.

En dicha modificación legal, debe estar acorde a las prerrogativas concedidas en el régimen general prestacional del servidor público, so pena de incumplir derechos laborales.

Es evidente que el proceder de la Fiduprevisora, como administradora del Fomag, va contravía con el ordenamiento legal, a los docentes en la actualidad no se les consigna a tiempo sus cesantías anualizadas y más grave aún la Fiduprevisora no cumple con la fecha para el pago de los intereses sobre esas cesantías.

Si bien a las Secretarías de Educación certificadas en Educación como entes territoriales, no tienen injerencia en la consignación de las cesantías y en el pago de los intereses sobre dichas cesantías, pues dichos dineros son transferidos al Fomag directamente por partidas presupuestales originadas en el Ministerio de Educación y el Ministerio de Hacienda.

Es imperioso, como se ha explicado, una atención prioritaria por parte del Estado para regular el régimen docente y subsanar los vacíos que en él se encuentra y más aun no estar transgrediendo derechos de los docentes, pues la consecuencia de ello son el pago de indemnizaciones moratorias, dinero, que al final se solucionan cumpliendo con su deber legal.

REFERENCIAS BIBLIGRÁFICAS

- I. [https://redes.colombiaaprende.edu.co/ntg/men/pdf/FOMAG_INFORME_NOVIE_MBRE_\(002\).pdf](https://redes.colombiaaprende.edu.co/ntg/men/pdf/FOMAG_INFORME_NOVIE_MBRE_(002).pdf)
- II. Rincón Andrade, D.M., “sanción moratoria por el pago tardío de cesantías parciales de los docentes y el conflicto de competencias entre especialidad laboral y contenciosa”, Revista Jurídica Piélagus, Vol. 18 No. 2, Julio – diciembre de 2019, pp. 1 - 32. <https://doi.org/10.25054/16576799.2644>
- III. “sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos. El caso de los docentes. Aplicación de la Ley 1071 de 2006”, revista faceta jurídica, Núm. 86, noviembre 2017, pp. 34 - 37. <https://app-vlex-com.usco.basesdedatosezproxy.com/#WW/vid/697055489>
- IV. “cesantías régimen anualizado y especial para docentes” revista faceta jurídica, Núm. 86, noviembre 2017, pp. 38 - 50. <https://app-vlex-com.usco.basesdedatosezproxy.com/#WW/vid/697055481>
- V. Figueroa Salamanca, O.L., “Sanción moratoria por consignación inoportuna de cesantías a servidores públicos: jurisdicción competente y derechos fundamentales”, Revista Virtual Via Inveniendi et Iudicandi, Vol. 14, N° 2, pp. 145 – 174. <https://doi.org/10.15332/19090528/5042>
- VI. Corte Constitucional, Sentencia SU-098 de 2018, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- VII. Corte Constitucional, Sentencia SU-336 de 2017, M.P.: Iván Humberto Escruce Mayolo
- VIII. Corte Constitucional, Sentencia C-1262 de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.
- IX. Corte Constitucional, Sentencia SU-041 del 2020. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez
- X. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 18 de julio de 2018. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicado. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18.

- XI.** Consejo de estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. sentencia de 12 de noviembre de 2020. C.P. William Hernandez Gómez. Radicado 08001-23-33-000-2014-00132-01(1689-18)
- XII.** Ley 91 de 1989.
- XIII.** Ley 50 de 1990.
- XIV.** Ley 1071 de 2006.
- XV.** Ley 344 de 1996
- XVI.** Decreto 1582 de 1998
- XVII.** <https://www.fomag.gov.co/wp-content/uploads/2021/02/ACUERDO-39-DE-1998.pdf>
- XVIII.** Acuerdo 34 de 1998, expedido por el Fomag.