

Señor Juez

GIOVANNI HUMBERTO LEGRO MACHADO

JUZGADO ONCE (11) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SECCIÓN SEGUNDA

E.

S.

D.

Referencia: 11001-3335-011-2022-00287-00

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Patricia María Portilla Parga

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduciaria la Previsora S.A. y Distrito Capital – Secretaría de Educación de Bogotá.

Asunto: Contestación de la demanda

VIVIANA CAROLINA RODRÍGUEZ PRIETO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.032.471.577 de Bogotá D.C., y portadora de la tarjeta profesional No. 342.450 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderada sustituta de **BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO**, (en adelante SED o mi representada), manifiesto que por medio del presente escrito y encontrándome dentro del término legal, me permito contestar la demanda bajo las siguientes consideraciones:

A. Pronunciamiento frente a las pretensiones y declaraciones de la demanda

En cuanto a las pretensiones de la demanda, me opongo a la prosperidad de todas y cada una de ellas en los siguientes términos:

1.1. DECLARACIONES

1.1.1. DECLARACIÓN PRIMERA: Me opongo a esta pretensión, toda vez que, la Secretaría de Educación a través de Radicados S-2021-308898 del 28 septiembre de 2021 y S-2021-300804 del 18 de septiembre de 2021 (notificado el 21 de septiembre de 2021), emitió respuestas claras y de fondo, a la solicitudes elevadas por la accionante, en las cuales se indicó que de acuerdo con el procedimiento establecido en el Acuerdo 39 de 1998, las entidades territoriales reportan a comienzo de cada año las cesantías anuales causadas por los docentes a la Fiduprevisora, por lo cual la SED a comienzos de año y de manera oportuna informó los consolidados de cesantías docentes causadas durante la vigencia 2020 a la Fiduprevisora mediante oficios: S-2021-28027 y S-2021-28017 del 04 de febrero de 2021.

Asimismo, es menester aclarar que la Secretaría de Educación remitió por competencia a la Fiduprevisora S.A, las solicitudes elevadas por la accionante a través de Radicados S-2021-301562 el 22 de septiembre de 2021 (notificado el 23 de septiembre de 2021) y S-2021-300803 el 18 de septiembre de 2021 (notificado el 22 de septiembre 2021), en razón a que no cuenta con la competencia para

proferir actos administrativos de fondo con relación al reconocimiento de sanción moratoria y toda vez que es la administradora de los fondos del FOMAG, la encargada de calcular, liquidar y pagar los interés de las cesantías de los docentes afiliados.

1.1.2. DECLARACIÓN SEGUNDA: Me opongo, pues la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL**, no es la entidad encargada del manejo de los recursos, y se encuentra probado que la misma realizó en su actuar todos los procedimientos que establece la normativa vigente, en relación con el procedimiento del reporte a la Fiduprevisora.

1.2. CONDENAS

1.2.1. DECLARACIÓN PRIMERA: Me opongo, pues la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL**, no es la entidad encargada del manejo de los recursos, y se encuentra probado que la misma realizó en su actuar todos los procedimientos que establece la normativa vigente, en relación con el procedimiento del reporte a la Fiduprevisora.

1.2.2. DECLARACIÓN SEGUNDA: Me opongo, pues la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL**, no es la entidad encargada del manejo de los recursos, y se encuentra probado que la misma realizó en su actuar todos los procedimientos que establece la normativa vigente, en relación con el procedimiento del reporte a la Fiduprevisora.

1.2.3. DECLARACIÓN TERCERA: Me opongo, pues la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL**, no es la entidad encargada del manejo de los recursos, y se encuentra probado que la misma realizó en su actuar todos los procedimientos que establece la normativa vigente, en relación con el procedimiento del reporte a la Fiduprevisora.

1.2.4. DECLARACIÓN CUARTA: Me opongo, pues la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL**, no es la entidad encargada del manejo de los recursos, y se encuentra probado que la misma realizó en su actuar todos los procedimientos que establece la normativa vigente, en relación con el procedimiento del reporte a la Fiduprevisora.

1.2.5. DECLARACIÓN QUINTA: Me opongo, pues la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL**, no es la entidad encargada del manejo de los recursos, y se encuentra probado que la misma realizó en su actuar todos los procedimientos que establece la normativa vigente, en relación con el procedimiento del reporte a la Fiduprevisora.

1.2.6. DECLARACIÓN SEXTA: Me opongo a la eventual condena en costas procesales y agencias en derecho invocado por la parte demandante y solicitó se absuelva a la entidad que represento. Pido se condene en costas al demandante, incluyendo las agencias en derecho.

B. Contestación a la descripción de los hechos relacionados en la demanda

En cuanto a los hechos expuestos en el escrito de la demanda, me permito pronunciarme de los mismos en los siguientes términos:

HECHO PRIMERO: NO ES UN HECHO. Son observaciones sobre la normatividad aplicable al caso.

HECHO SEGUNDO: NO ES UN HECHO. Son observaciones sobre la normatividad aplicable al caso.

HECHO TERCERO: NO ES UN HECHO. Son observaciones sobre la normatividad aplicable al caso, sin embargo, es necesario advertir que el parágrafo del artículo 57 de 1955 de 2019 únicamente es aplicable para aquellos casos donde se pretenda el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías a los docente vinculados al régimen excepcional de la Ley 244 de 1995 y posteriores modificaciones, conforme con la jurisprudencia del Consejo de Estado y en especial, lo establecido por la Corte Constitucional en Sentencia SU-041 del 06 de febrero de 2020.

HECHO CUARTO: NO ES CIERTO. Conforme con la Ley 91 de 1989, Acuerdo 39 de 1998, Ley 244 de 1995 y demás normas concordantes, los docentes se encuentran afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y cuentan con un régimen excepcional que no comprende el reconocimiento legal de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99.

De igual forma, es preciso reiterar que de acuerdo con el procedimiento establecido en el Acuerdo 39 de 1998, las entidades territoriales reportan a comienzo de cada año las cesantías anuales causadas por los docentes a La Fiduprevisora y dicha fiduciaria calcula, líquida y gira directamente a cada uno de los docentes los intereses a las cesantías. En este sentido, la Oficina de Nómina de la SED reporta a la Fiduciaria a comienzos de cada año y de manera oportuna los consolidados de cesantías docentes causadas durante la vigencia. De otra parte, ni la Secretaría de Educación de Bogotá, ni ninguna entidad territorial certificada paga intereses de cesantías a los docentes afiliados al FOMAG.

HECHO QUINTO: NO ES CIERTO. La Secretaría de Educación a través de su oficina de nómina, reportó a la Fiduprevisora a inicios de año y de manera oportuna los consolidados de cesantías causadas durante la vigencia 2020, a través de los oficios S-2021-28027 del 05 de febrero de 2021 para los docentes activos y S-2021-28017 del 04 de febrero de 2021 para los docentes retirados.

HECHO SEXTO: NO ES CIERTO. Conforme con las certificaciones que reposan en el expediente administrativo la apoderada de la accionante radicó solicitudes el 13 de septiembre de 2021 con radicado E-2021-209338 y el 18 de septiembre de 2021 con radicado E-2021-206693 las cuales fueron resueltas a través de radicados S-2021-308898 del 28 septiembre de 2021 y S-2021-300804 del 18 de septiembre de 2021 (notificado el 21 de septiembre de 2021), oportunidades en las que se indicó que de acuerdo con el procedimiento establecido en el Acuerdo 39 de 1998, las entidades territoriales reportan a comienzo de cada año las cesantías anuales causadas por los docentes a la Fiduprevisora y dicha fiduciaria **calcula, líquida y gira directamente** a cada uno de los docentes los intereses a las cesantías. En este sentido, la Oficina de Nómina de la Secretaría de Educación reporta a la fiduciaria a comienzos de cada año y de manera oportuna los consolidados de cesantías docentes causadas durante la vigencia. De otra parte, ni la

Secretaría de Educación de Bogotá, ni ninguna entidad territorial certificada **paga** intereses de cesantías a los docentes afiliados al FOMAG.

HECHO SÉPTIMO: ES CIERTO. Conforme a las certificaciones que reposan en el expediente administrativo, la audiencia de conciliación extrajudicial fue celebrada el 13 de junio de 2022 ante la Procuraduría 142 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual fue declarada fallida por falta de acuerdo conciliatorio.

HECHO OCTAVO: NO ES UN HECHO. Son observaciones sobre la posible jurisprudencia aplicable al caso. Sin embargo, y como se logra demostrar en el presente escrito, la Sentencia de Unificación 098 de la Corte Constitucional no es aplicable al caso de la Patricia María Portilla Parga, toda vez que, i) el caso que allí se decidió no guarda identidad fáctica con el que se debate en el presente proceso, ii) desconoce las normas especiales establecidas para los docentes con relación al reporte y reconocimiento de las cesantías anualizadas y iii) no hace parte del criterio jurisprudencial vigente de la Corte Constitucional acerca del carácter especial del régimen prestacional de los docentes.

C. Razones y fundamentos de la defensa

1. Régimen excepcional docente.

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante “FOMAG”), como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, y cuya administración le corresponde a una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta en la cual el Estado tenga una participación superior al 90%.

La administración de los recursos del FOMAG se encuentra a cargo de la Fiduciaria la Previsora S.A., ello, en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito por la Nación-Ministerio de Educación Nacional con esta entidad financiera del Estado.

De conformidad con el artículo 4 Ibídem, le corresponde a esta cuenta especial de la Nación atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentran vinculados a la fecha de promulgación de la presente ley, así como del personal afiliado con posterioridad a su expedición.¹

Como objetivos del FOMAG, señala el artículo 5 de la Ley 91 de 1989:

“1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.

2. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.

¹Posteriormente, la Ley 812 de 2003 dispuso que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentran vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido en las disposiciones vigentes a la fecha de expedición de la mencionada ley y los docentes vinculados con posterioridad a su expedición tendrán los derechos pensionales establecidos en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

3. Llevar los registro contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control de uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.
4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.
5. Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.” (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 91 de 1989 refiere la forma como se asumirán las obligaciones prestacionales de los docentes entre la Nación y los entes territoriales, en donde resulta necesario resaltar lo dispuesto en el numeral 5 del referido artículo, en la medida que la Nación asumió por medio de esta cuenta, el pago de aquellas prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado causadas a partir de la promulgación de la mencionada ley.

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

De igual forma, el artículo 15, numeral 3 de la Ley 91 de 1989 dispone:

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

(...)

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”

Aunado a lo anterior, la Ley 962 de 2005 “*Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas*”, estableció en el artículo 56 que las prestaciones sociales a cargo del FOMAG, deben ser reconocidas por este Fondo, previo a la aprobación del proyecto de resolución que es elaborado por la entidad territorial a la cual se encuentre vinculado el docente.

“Artículo 56. Las prestaciones sociales 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 se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.”

Con fundamento en las normas antes señaladas, es claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene la obligación de atender el pago de todas las obligaciones relacionadas con las prestaciones sociales de los docentes que se encuentra afiliados a este Fondo, teniendo en cuenta que a partir de la expedición de Ley 91 de 1989 la Nación asumió esta carga por medio de la cuenta especial FOMAG y la Ley 962 de 2005 reafirmó esta competencia al señalar que las prestaciones a cargo del FOMAG debían ser reconocidas por este Fondo y asigna a las entidades territoriales la obligación de elaborar el proyecto de acto administrativo.

Ahora bien, en lo relacionado con el reconocimiento de la prestación de cesantías del magisterio, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 prevé la forma en la que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio debe cancelar las cesantías al personal docente, el cual se realiza mediante dos sistemas de liquidación, anualizado o retroactivo, determinado según la fecha de vinculación del docente.

De la normatividad relacionada, es claro que la Secretaría de Educación del Distrito interviene únicamente en la elaboración del proyecto de acto administrativo, en este caso, proyecta la resolución de reconocimiento de las cesantías ya sean parciales o definitivas de los docentes adscritos a esta entidad territorial, y es el FOMAG quién finalmente reconoce la prestación y realiza el pago a través de la Fiduprevisora S.A.

En igual sentido, tratándose de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, la obligación de pagar con sus propios recursos dicha sanción, se encuentra a cargo de la entidad pública obligada a reconocer y pagar esta prestación al servidor público, que para el caso concreto corresponde al FOMAG.

Sobre el particular, se debe traer a colación un pronunciamiento del máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, donde se zanjó la discusión respecto de la entidad

que debe responder por la sanción moratoria, teniendo en cuenta que todas las llamadas en juicio proponían la excepción previa de la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Así es, que, en providencia del 25 de septiembre de 2017, dentro del radicado interno (1669-15) la Sección Segunda del Consejo de Estado², estableció lo siguiente:

“...7.2.2.2 Entidad responsable del reconocimiento del pago de la sanción moratoria

En el caso de los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la Nación - Ministerio de Educación Nacional, con cargo a los recursos del citado fondo, la entidad obligada del reconocimiento y pago de la sanción moratorio por el desembolso tardío de las cesantías. Veamos:

- Mediante la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otros, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.*
- Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 regló el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y señaló en su artículo 4 los requisitos de afiliación del personal docente de las entidades territoriales y en su artículo 5 el trámite de afiliación, artículos de los cuales se desprende que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará las cesantías.*
- A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serán reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quién administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones de los docentes oficiales.”*

Refuerza la tesis señalada, lo dispuesto por el Consejo de Estado, en providencia de fecha 16 de agosto de 2018³, que declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad territorial en los términos que se citan a continuación:

“Así las cosas, en lo que tiene que ver con el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio, ésta una competencia otorgada al FOMAG como una cuenta especial de la nación, por ser en cabeza de quién se encuentra el patrimonio autónomo creado por la Ley respecto de los factores prestacionales de sus afiliados y finalmente, de la cual se destinan los recursos para la cancelación de las sumas reconocidas por los actos administrativos expedidos por las secretarías de educación territoriales, de manera que en los procesos en los que se discuta la liquidación de la prestación social – cesantías, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta corporación en casos similares cuya discusión se concretó en el régimen de liquidación de dicha prerrogativa laboral, no es procedente la vinculación de las entidades territoriales”.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 25 de septiembre de dos mil 2017. Radicado: 73001-23-33-000-2013-00638-01 (1689-15).

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia 16 de agosto de 2018. Radicado 2016-1237-01 (2229-18).

Por lo tanto, es con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se cubren tanto las cesantías de los docentes afiliados a este, como la sanción moratoria que se cause por su no pago oportuno, sin que tenga responsabilidad alguna el ente territorial, quien solo actúa en nombre del fondo..."

Conforme a lo anterior, es menester resaltar que el sistema normativo ha creado un régimen excepcional para los docentes afiliados a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y para el caso de las cesantías, están son radicadas, liquidadas y reconocidas por la Secretaría de Educación a la cual se encuentre vinculado el docente, por lo cual, es la Nación- Ministerio de Educación Nacional - FOMAG, quien por disposición legal es el ente que tiene la obligación de efectuar el mencionado pago en razón a las funciones y competencias asignadas, esto es, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal docente afiliado a este Fondo.

2. Procedimiento del flujo de recursos

La Secretaría de Educación cuenta con dos fuentes de financiación de sus docentes, situación que solo se presenta en dos Entidades Territoriales a nivel Nacional: Bogotá y Barranquilla, por lo cual, y con el objetivo de otorgar claridad al Despacho sobre el trámite y manejo de recursos por parte de la Entidad, es menester precisar los siguientes:

2.1. Recursos propios

Conforme a lo establecido en la Ley 715 de 2001, las entidades territoriales podrán destinar recursos propios al sector educativo a cargo del Estado, dichos recursos pueden destinarse especialmente a proyectos de inversión que permitan el mejoramiento de la calidad del servicio ofrecido, la provisión de la canasta educativa, la ampliación, adecuación y mantenimiento de los establecimientos educativos, los servicios públicos y gastos de funcionamiento de los establecimientos educativos, el servicio de transporte y alimentación, entre otros, sin generar gastos recurrentes para el SGP. Lo anterior se encuentra de conformidad con los artículos 150, 300, 313 y 338 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y el Decreto 111 de 1996.

Las entidades territoriales certificadas podrán asignar recursos para ampliar la cobertura educativa, a través de la contratación de la prestación del servicio educativo; también para realizar contratos de prestación de servicio de procesos no misionales como son los de vigilancia y aseo de los establecimientos educativos. En consecuencia, la Secretaría Distrital de Educación cuenta con al menos 6.000 docentes bajo la planta denominada **recursos propios**.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario precisar que las Entidades Territoriales, tienen la obligación de conformidad con el artículo 8 del Decreto 3752 de 2003, compilado en el Decreto 1075 de 2015, artículo 2.4.4.2.2.2, de reportar de manera **mensual** y con ello a través de sus tesorerías destinar cada uno de los valores correspondientes de las cesantías a la Fidupervisora, de manera **mensual**:

"Artículo 2.4.4.2.2.2. Reporte de información de las entidades territoriales. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema

*General de Participaciones y/o con recursos propios, **reportará a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina** de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior.*

Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

De esta forma, las oficinas de nómina de las Entidades Territoriales que cuentan con planta docente financiada con recursos propios, tienen el deber de liquidar y reportar las cesantías causadas por los docentes de manera **mensual**, apropiar los recursos destinados a la Fidupervisora bajo la figura **con situación de fondos** y finalmente remitir los dineros correspondientes a las cesantías de los docente a la Fiduciaria La Previsora mensualmente.

2.2. Sistema General de Participación

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio recibe la totalidad de los recursos para el pago de las cesantías y de los intereses a las cesantías, de acuerdo con las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal, en cabeza de la sección presupuestal correspondiente al Ministerio de Educación Nacional, presupuesto que es detallado por el Decreto de Liquidación del presupuesto para cada vigencia, “Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos”.

El flujo de recursos derivado del presupuesto aprobado para el FOMAG durante la vigencia se realiza mediante la elaboración del Programa Anual Mensualizado de Caja, que se somete a consideración del Ministerio de Educación Nacional. Estos recursos son girados por dicho Ministerio de manera global, e incorpora a todas las Secretarías de Educación, con periodicidad mensual durante todo el año, lo que aplica al rubro de cesantías, y con ellos el Fondo procede al pago de las cesantías y los intereses a las cesantías.

Previo a ello, cada una de las Entidades Territoriales tiene la obligación de reportar mensualmente la nómina docente (lo cual incluye la liquidación mensual de las cesantías de todos y cada uno de los 29.000 docentes con los que cuenta la Secretaría de Educación de Bogotá bajo la modalidad del SGP) y apropia los recursos sin situación de fondos. En este sentido, el Ministerio de Educación ha establecido que la apropiación SSF consiste en aquellos recursos que no son girados directamente a la Entidad y que corresponden a los aportes patronales de los docentes afiliados al FOMAG, situación que se configura en razón a que es el Ministerio de Educación quien recauda directamente los recursos, como se ha logrado establecer en el presente.

Cabe señalar que los recursos para el pago de las cesantías provienen de la Nación y del Sistema General de Participaciones para el Sector Educación, que es asignado y girado al FOMAG por el Ministerio de Educación Nacional, entidad que cuenta con la información de la nómina de salarios de los docentes afiliados al Fondo conforme al reporte mensual que

realizan las Entidades Territoriales de acuerdo con el artículo 8 del Decreto 3752 de 2003, compilado en el Decreto 1075 de 2015, artículo 2.4.4.2.2.2.

En razón a lo señalado, y dado el marco jurídico especial aplicable al Fondo, la entidad territorial no es quién gira los recursos para el pago de las cesantías de cada docente, en tanto que, como se señaló, los recursos son girados al Fondo por el Ministerio de Educación Nacional, en el marco del Sistema General de Participaciones para Educación.

Es preciso resaltar que al Fondo Nacional de Prestaciones Social del Magisterio no le aplican las disposiciones de la Ley 50 de 1990 y que no tiene la naturaleza de un Fondo Privado de Cesantías.

3. La sanción moratoria en la Ley 50 de 1990

La Ley 50 de 1990, en su artículo 99, creó la sanción moratoria por no consignación de las cesantías a un fondo privado. La sanción moratoria está contemplada en el numeral 3° y consiste en un día de salario por cada día de mora en la consignación:

***“ARTÍCULO 99.-** Reglamentado por el Decreto 1176 de 1991. El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía tendrá las siguientes características:*

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

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

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

De esta forma el Decreto 1582 de 1998, por medio del cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998; contempla que con relación con los servidores públicos del nivel territorial, las cesantías reguladas en por la Ley 50 de 1990, son solamente aplicables a los funcionarios públicos afiliados a los Fondo Privados de Cesantías:

***“Artículo 1.** 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”*

Lo anterior, permite establecer que las circunstancias contempladas en la Ley 50 de 1990 no son aplicables para el personal docente, toda vez que lo mismos cuenta por mandato legal con un régimen excepcional establecido en la Ley 91 de 1989, en la cual y como se logró

establecer previamente, los docentes adscritos al magisterio, serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento cuenta con su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías, como lo pretende hacer valer la accionante.

De otra parte, los intereses a las cesantías que paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cada año al educador, son aquellos liquidados en virtud de lo dispuesto en el literal b) del numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998 “Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG”, el cual contempla que:

“Artículo 4. 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 de 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 esta fecha la entidad fiduciaria, programará pagos posteriores, de lo cual informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

Asimismo, es preciso establecer que el marco normativo del régimen excepcional docente conformado por la Ley 91 de 1989, el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 3118 de 1968 y demás decretos reglamentarios, no contemplan la posibilidad de pagar intereses sobre intereses, sanciones o indemnizaciones respecto a los desembolsos sobre los intereses a las cesantías, como tampoco la aplicabilidad directa o por analogía de las disposiciones legales que rigen las relaciones individuales de los trabajadores particulares.

De esta forma, en sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019, radicado 76001233100020090086701, proferida en cumplimiento de la sentencia de tutela SU 098/18 del 17 de octubre de 2018 mediante la cual ordenó proferir nuevo fallo dentro del proceso 4854-2014, no dio lugar al reconocimiento de sanción alguna por los intereses de las cesantías bajo el sistema normativo contemplado en la Ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes. Es más, en dicho pronunciamiento el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo deja en claro que el personal docente afiliado a FOMAG está cubierto bajo un régimen especial en el cual se incluye un sistema único de cesantías e intereses sobre esta prestación, así:

*“44. Así las cosas, se concluye que no existe una norma que haya extendido la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 a los docentes beneficiarios del régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones sociales son administradas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, patrimonio autónomo de carácter público que no puede ser equiparado a las instituciones financieras de carácter privado.
(...)”*

53. Lo anterior, en modo alguno permitiría inferir que uno y otro régimen prestacional son similares, dado que las sociedades administradoras de fondos de cesantías, cuyas características, por facultad de la ley, se establecieron por el Gobierno a través de decreto pueden equipararse a la naturaleza de la cuenta especial de la Nación creada para el manejo de las prestaciones sociales y los servicios de salud de los afiliados al FOMAG; así como tampoco puede concluirse que la intención del legislador fuese equiparar a los docentes beneficiarios de la Ley 91 de 1989,

respecto del sistema previsto en la Ley 50 de 1990 y que se extendió únicamente a trabajadores particulares y aquellos servidores públicos afiliados a fondos de carácter privada.

54. Una interpretación contraria desdibuja la intención del legislador de unificar el régimen prestacional de los maestros prestadores del servicio público y esencial de la educación, principalísimo objetivo del Congreso, que se plasmó en el pliego de modificaciones del proyecto de ley, que actualmente es la Ley 91 de 1989, el cual dependerá de la fecha de vinculación del afiliado.

55. En otras palabras, concluir que lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 o el Decreto 1252 de 2000, conlleva a la aplicación de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, desconoce el régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989 y administrado a través de un fondo de naturaleza especial.

(...)

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

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario sensu de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la liquidación y manejo de las cesantías, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 Ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando éstas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la

liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

61. *En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989*
(...)

66. *Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», de suerte que los servidores públicos sólo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, **porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.**»*

Como observación de las reglas establecidas en la jurisprudencia previamente citada, debe resaltarse que:

- I. Los docentes cuentan con un régimen especial conforme con la Ley 91 de 1989 y demás normas concordantes, cuya administración de las prestaciones sociales están en cabeza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- II. La Ley no ha extendido la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99 a los docentes vinculados y adscritos al FOMAG.
- III. De ninguna forma la sanción mora establecida en la Ley 50 de 1990 puede ser equiparable al régimen excepcional de los docentes, toda vez que la primera debe ser consignada en una **cuenta individual** del trabajador en el fondo de cesantías seleccionado por el mismo, a más tardar el 14 de febrero por parte del **empleador**, momento desde el cual empieza a contar el término de la causación moratoria y el segundo, está a cargo del FOMAG, cuyo recursos proviene del **Sistema General de Participación** para la educación, los cuales deben ser presupuestados por la entidad territorial y cancelados y administrados por la Fiduprevisora.

Con relación a la naturaleza y finalidad de la Ley 244 de 1995, régimen excepcional en materia de reconocimiento de cesantías y sanción moratoria por el retardo en el pago oportuno de las mismas, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación determinó que:

“Antes de la entrada en vigor de la Ley 244 de 1995, las condiciones de pago de las cesantías entre el sector público y el sector privado no eran las mismas. Ciertamente, la situación de los servidores públicos en esta materia era distinta en relación con los trabajadores privados, tal como lo reconocía la exposición de motivos del proyecto que terminó con la expedición de la mencionada ley:

“Lo mínimo que se pueda hacer por los servidores públicos en el punto de cesantías, es que se les trate de equiparar con el sector privado, ya que allí existen los siguientes parámetros, completamente desconocidos para el nivel oficial, a saber:

1º. El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el patrono al terminar la relación laboral está obligado inmediatamente a cancelar salarios y prestaciones, so pena de incurrir en las sanciones de pagarles al trabajador un día de salario por cada día de retardo.

2º. Con la excepción de la Ley 50 de 1990 y la creación de los Fondos de Cesantías, se obliga a la liquidación definitiva de cesantías cada año, el 31 de diciembre, y a remitir dichos valores a la cuenta individual de cada trabajador, a más tardar el 15 de febrero, so pena de que el patrono deba pagar un día de salario por cada día de retardo.

3º. La rentabilidad de esos dineros en los Fondos no podrá ser inferior a la tasa efectiva promedio de captación de los Bancos y Corporaciones Financieras para la expedición de Certificados de Depósito a Término con un plazo de noventa (90) días, lo que significa que hoy los dineros abonados a esas cuentas tienen el siguiente rendimiento: el 22%, como corrección monetaria, más una tasa que oscila el 1.5% al 3.5%, dependiendo del capital.

4º. Cuando se termina el contrato de trabajo, la Sociedad Administradora debe entregar las sumas al trabajador dentro del término de los cinco (5) días siguientes a la presentación de la solicitud”

La Corte Constitucional continúa estableciendo que:

“La finalidad de la norma era equiparar a los servidores públicos con los trabajadores privados en cuanto a la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, como una garantía del derecho al pago oportuno del salario contenido en el inciso 3º del artículo 53 Constitucional y en el artículo 12 del Convenio 95 de la OIT, en tanto justamente el propósito de esta prestación era la de “entregarle al trabajador una suma de dinero para satisfacer sus necesidades inmediatas al retiro y en proporción al tiempo servido”. Esta necesidad de protección del derecho al pago oportuno de las prestaciones sociales de los servidores públicos quedó claramente consignada en la exposición de motivos de la Ley 244 de 1995”⁴

Por lo anterior, es posible determinar que la Ley 50 de 1990 no hace referencia explícita a los docentes; y aplica para los trabajadores que se vinculen mediante contrato de trabajo y se rigen por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, y también a todas las personas que se vinculen con los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996.

Conforme a lo expuesto, la sanción moratoria por la no consignación de cesantías establecida en la ley 50 de 1990 no es aplicable al personal docente ya que este no cumple con el

⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-041 del 06 de febrero de 2020, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

requisito de estar afiliado a un fondo privado de cesantías para ser cobijado por dicha normativa.

La no consignación de las cesantías y el pago tardío de las mismas tienen causa generadora y un componente temporal diferente. La sanción que contempla la Ley 50 de 1990 se origina ante la no consignación del empleador en los términos previstos por el Legislador, mientras que la sanción prevista en la Ley 244 de 1995 se da en razón a la solicitud del interesado y la consignación tardía luego de que se emite el respectivo acto administrativo que reconoce la liquidación del auxilio de cesantías, de forma parcial o total, a favor del trabajador.

Por lo cual solicito señor juez no se accedan a las pretensiones de la demanda, toda vez que como se ha logrado establecer, la interpretación realizada por parte de la accionante desconoce i) el régimen excepcional en el que se encuentra el personal docente y ii) las razones y fundamentos que otorgó el legislador al proferir la Ley 244 de 1995 como régimen excepcional.

4. Inaplicabilidad de la Ley 1955 de 2019 - Cambio normativo en la responsabilidad del ente territorial por el pago tardío de las cesantías previsto en la Ley 244 de 1995

Con la expedición de la Ley 1955 de 2019, en especial, en lo dispuesto en el parágrafo del artículo 57, es la responsabilidad del ente territorial asumir la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en que se incumplan los plazos previstos para adelantar el respectivo trámite.

“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."

Como observación en lo que importa de la disposición transcrita, debe advertirse que:

- I. Por regla general, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el responsable del reconocimiento del pago de las cesantías y la sanción por mora en su pago.
- II. Excepcionalmente, 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.
- III. Uno de los aspectos a dilucidar en los procesos judiciales en los que se pretenda el reconocimiento de la sanción por la mora en el pago de las cesantías radica en la razón por la cual se presentó el retardo.
- IV. Para poder imputar esta responsabilidad, deberá acreditarse el incumplimiento en los plazos dispuestos para el reconocimiento de las respectivas cesantías. Plazos que deben estar asociados a las actividades a cargo de la entidad territorial.
- V. En ese sentido, los plazos que se dispongan para el cumplimiento en el envío de la solicitud de pago son perentorios y su inobservancia genera la responsabilidad del ente territorial.
- VI. Se considera que, en caso de que exista retraso por parte del ente territorial y el Fondo, la responsabilidad será compartida. En ese sentido, tanto la entidad como el mencionado Fondo asumirán en la proporción del tiempo que haya transcurrido y corresponda a las actividades de cada una.
- VII. Temporalmente, sólo será responsable el ente territorial en los casos dispuestos a partir del 25 de mayo de 2019, fecha en la que se publicó la mencionada Ley en el Diario Oficial No. 50.964 de esa misma fecha.

Antes de la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, la posición del Consejo de Estado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca correspondía a que, el pago de la Sanción Moratoria se encuentra a cargo de la **Fiduprevisora S.A en calidad de administradora de la cuenta especial FOMAG, con ocasión al contrato de fiducia mercantil suscrito por el Ministerio de Educación**. Con ello, se consideraba que los entes territoriales carecían de falta de legitimación en la causa por pasiva.

En sentencia del 29 de mayo de 2020, Magistrado ponente: Dr. Luis Alfredo Zamora Acosta Expediente: 11001-33-035-030-2018-00328-01 demandante: Miguel Ángel Ramos Pérez en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Nulidad y Restablecimiento del Derecho, que en la parte considerativa expuso lo siguiente:

“En todo caso, se trate del régimen anualizado o retroactivo, corresponde al FOMAG liquidar y reconocer el auxilio de cesantía parcial o definitiva de los docentes oficiales, labor que, en virtud de la garantía de “prestación descentralizada de los servicios” consagrada en el inciso final del artículo 3 de la Ley 91 de 1989, y de la delegación de que trata el artículo 9 ajusten, es desarrollada por las secretarías de educación de los entes territoriales. Así fue dispuesto en el Decreto 3752 de 2003 “por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989, y la Ley 962 de 2005, art. 56.

Entre tanto, el pago efectivo de las prestaciones reconocidas es efectuado a través de una sociedad fiduciaria que administra los recursos, que en la actualidad es la FIDUPREVISORA S.A quien la Nación - Ministerio de Educación Nacional, en virtud de las disposiciones del artículo 30 de la Ley 91 de 1989, suscribió el contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública 083 de 21 de junio de 1990, modificado entre otros, por la escritura No. 1588 27 de diciembre de 2018.

Así pues, siguiendo el contenido de las normas que gobiernan el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, surge palmario que la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, tiene a su cargo el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes, las que son pagadas por el FOMAG. Para tales efectos, las secretarías de educación de los entes territoriales en las que el docente prestó sus servicios tienen a su cargo la elaboración y suscripción de la resolución de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, previa aprobación de la sociedad fiduciaria que administra el patrimonio del FOMAG”

(...) Conforme lo anterior, y si en tratándose de los docentes, el obligado al pago de las cesantías es el FOMAG, surge palmario que será también con cargo a ese fondo que deberá cancelarse la sanción por mora, surgida con ocasión del retardo en el pago de la mencionada prestación; sin que su naturaleza de cuenta especial - patrimonio autónomo, constituya óbice para asumir la responsabilidad que la normatividad le impuso, y traslade la obligación al fideicomitente y fiduciario.”(Subrayas fuera del texto original)

A su turno, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección E, a través de la sentencia del 12 de junio de 2020, bajo radicado 11001-33-42-055-2017-00252-01, en donde la accionante es Nidia Leonor Pérez Sánchez, realizó un análisis correspondiente para establecer si en el asunto la Secretaría de Educación de Bogotá estaba llamada a responder solidariamente por el pago de la sanción moratoria consagrada en el artículo 5º de la ley 1071 de 2006, por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas a favor de la demandante, concluyendo que:

“La Sala advierte que la Secretaría de Educación de Bogotá no está llamada a efectuar el pago de la sanción moratoria con sus propios recursos, por cuanto el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el fondo especial creado mediante la Ley 91 de 1989, con el fin de atender las prestaciones de los docentes nacionales y nacionalizados.

Es decir, que la actuación de la Secretaría de Educación de Bogotá se limita a la recepción de las solicitudes y elaboración de los proyectos de actos administrativos relacionados con las prestaciones sociales de los afiliados al fondo, sin que esto implique en forma alguna que en caso de que se genere una controversia sobre dichas prestaciones, sea la entidad territorial la llamada a responder con su patrimonio.

En otras palabras, se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Secretaría de Educación de Bogotá, y que corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Fiduprevisora S.A., en calidad de administradora y vocera de los recursos del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, asumir eventualmente las consecuencias jurídicas derivadas de una decisión judicial, pues es a quien se le atribuyó la función de atender las prestaciones sociales de los docentes afiliados” (Negrillas fuera del texto original)

Como se puede advertir, la Ley 1955 de 2019 hace referencia a la sanción mora prevista en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, y estipula que el pago de la sanción moratoria se hará con cargo a los recursos de la entidad que la genere, es decir, de quien no cumpla con los plazos previstos para lo de su competencia. Lo anterior, ante la necesidad de optimizar los procesos establecidos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del Magisterio y mitigar el efecto generado por los tiempos dispuestos para resolver las solicitudes de cesantías a pagar con cargo al Fondo, especialmente la sanción mora por el pago tardío de las cesantías que estaban afectando los recursos de este.

La anterior afirmación es reforzada por la Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional 041 del 06 de febrero de 2020, donde realiza el estudio sobre la capacidad del FOMAG y de las Secretarías de Educación territoriales certificadas para dar respuesta a las solicitudes de reconocimiento y pago de las cesantías y de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995:

“En efecto, para resolver las solicitudes de reconocimiento del auxilio de cesantías, en virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005[219] y en el Decreto 2831 de 2005[220], las Secretarías de Educación certificadas y el FOMAG-FIDUPREVISORA debían realizar, en el término de 15 días, las siguientes actuaciones:

en el término de cinco días hábiles, la fiduciaria tenía que verificar el borrador del acto administrativo (primera revisión), decidir si se aprobaba o no y remitir dicha información a la entidad territorial, luego de lo cual la Secretaría de Educación tenía un plazo de cinco días hábiles para expedir el acto administrativo definitivo de reconocimiento o negación de la prestación solicitada. La resolución debía notificarse y una vez vencido término de ejecutoria de diez (10) días, la resolución se revisaba -nuevamente- (segunda revisión) por la fiduciaria.

Este trámite fue modificado por la Ley 1955 de 2019, eliminando la doble revisión del proyecto de acto administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías y de la resolución en firme por parte de la FIDUPREVISORA S.A., paso que generaba una carga administrativa adicional y afectaba la eficiencia operativa de la fiduciaria. Así, con la entrada en vigor de dicha Ley, el reconocimiento del auxilio de cesantías es responsabilidad de la Secretaría de Educación territorial certificada, mientras el pago es competencia del FOMAG”⁵.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-041 del 06 de febrero de 2020, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

De esta forma, resulta inaplicable las previsiones y obligaciones establecidas en el parágrafo de la Ley 1955 de 2019, toda vez que la misma, como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, esta previsión normativa es aplicable para aquellos casos donde se pretenda el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías a los docente vinculados al régimen excepcional de la Ley 244 de 1995 y posteriores modificaciones.

5. Improcedencia en la aplicación del precedente jurisprudencial de la Sentencia 098 de 2018

Lo primero que se debe resaltar son las consideraciones jurídicas que no fueron contempladas en la Sentencia de Unificación 098 por la Corte Constitucional, la cual ha desconocido en su integridad el precedente jurisprudencial, así como las normas especiales que rigen el reconocimiento de las cesantías de los docentes afiliados al Magisterio.

Es de mencionar que, en dicha sentencia se argumentó que la Ley 91 de 1989 presuntamente no contempló el derecho de los docentes al reconocimiento y pago de esta prestación. Sin embargo, de acuerdo con la Ley 91 de 1989 los nuevos docentes son afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se rigen por el régimen de cesantías anualizadas y norma que establece la competencia para el reconocimiento de las cesantías de los docentes como se ha establecido en el curso del presente escrito.

Conforme a la Ley 91 de 1989 en su artículo 2 numeral 5 las prestaciones sociales como las cesantías son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, esto significa que dicho Fondo es el pagador bajo el principio de unidad de caja y no en un conjunto de cuentas individualizadas de cada docente (artículo 5 numeral 1). El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta que se nutre de recursos de la Nación, de las entidades territoriales, y dicha cuenta se administra a través del principio presupuestal de unidad de caja (artículo 3) supuesto que es reiterado por la Ley 1955 de 2019, artículo 57.

También conforme el artículo 4 existe una obligación de afiliación de los docentes al FOMAG, reglamentada por los Decretos 196 de 1995 y 3752 de 2003. Conforme a lo expuesto, el artículo 15 numeral 3 literal b), establece en cabeza del Fondo la obligación de (Cesantías causadas a partir del 1 de enero de 1990) reconocer y pagar un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Como puede advertirse no existe norma legal que imponga la obligación de consignar cesantías, sino de realizar aportes en distintas oportunidades a cargo de distintos sujetos para que el Fondo permanentemente cuente con recursos para realizar el pago de las prestaciones sociales de los docentes y prestar los servicios médicos, cuando éstos y sus beneficiarios los requieran. De hecho, varios de los recursos que corresponde aportar a los entes territoriales están disponibles en el FOMAG desde el año anterior, y son trasladados

directamente por el Ministerio de Educación al FOMAG, y otros aportes se realizan mensualmente.

Dicho reporte de cesantías corresponde a los docentes activos y retirados y se liquida a través del sistema Humano (plataforma electrónica dispuesta por el Ministerio de Educación y FOMAG), y para el caso del reporte de las cesantías del año 2020 se estableció como fecha de límite el 5 de febrero de 2021 y mensualmente la Secretaría de Educación está reportando la causación de las cesantías a la misma Fiduprevisora de conformidad con el artículo 8 del Decreto 3752 de 2003, compilado en el Decreto 1075 de 2015, artículo 2.4.4.2.2.2:

“Artículo 2.4.4.2.2.2. Reporte de información de las entidades territoriales. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior.

En cuanto al pago de estos intereses, el FOMAG realiza un depósito en las cuentas bancarias docentes, y conforme el artículo 4 del Acuerdo 39 de 1998 dicho pago se realiza en el mes de marzo de cada año siguiente, para los reportes recibidos oportunamente a 5 de febrero, o en el mes de mayo, para los reportes recibidos hasta el 15 de marzo, y para reportes posteriores se hará programación posterior de pago.

En atención a lo expuesto, es claro que las entidades territoriales no tienen obligación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes en los términos **prescritos por la Ley 50 de 1990**, (norma que regula el Sistema Anualizado de Cesantías para trabajadores privados) pero sí de reportar la causación de las mismas de manera mensual y el consolidado de estas anualmente, situación que cumplió a cabalidad como se demuestra en el presente proceso, al evidenciarse que el 05 de febrero de 2021 la Secretaría de Educación de Bogotá, cumplió su obligación de reporte al remitir a través de los oficios S-2021-28027 con relación a los docentes activos y S-2021-28017 para los docentes retirados durante el año 2020, así como de reportar mensualmente la liquidación de las cesantías mensuales de todos y cada uno de los docentes vinculados al FOMAG.

D. Caso en concreto

Conforme el escrito de demanda la accionante pretende el reconocimiento de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías, de acuerdo con la Ley 50 de 1990, artículo 99, la cual crea la sanción moratoria por no consignación de las cesantías a un fondo privado. La sanción moratoria está contemplada en el numeral 3° y consiste en un día de salario por cada día de mora en la consignación.

Es claro que el alcance de las previsiones contenidas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1991 amparan el auxilio de cesantías a que tienen derecho los servidores públicos, bajo los preceptos de la Ley 344 de 1996 y del Decreto 1582 de 1998, de modo que frente a la mora en la consignación de dicha prestación resulta procedente el pago de una sanción

correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. De tal suerte, si al 15 de febrero de la siguiente anualidad no se verifica el depósito del monto correspondiente en el fondo de cesantías al que el empleado se encuentre afiliado, el mismo podrá requerir el reconocimiento y pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, antes citado.

En armonía con el marco reseñado en precedencia, la Subsección Segunda del Consejo de Estado ha sostenido la tesis de que los docentes oficiales, si bien servidores públicos en toda regla, no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 les hizo extensivas las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello era «sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989», lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

En definitiva, la Ley 50 de 1990: (i) no hace referencia explícita a los docentes; y (ii) aplica para los trabajadores que se vinculen mediante contrato de trabajo y se rigen por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, y también a todas las personas que se vinculen con los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996.

Conforme a lo expuesto, se reitera, la sanción moratoria por la no consignación de cesantías establecida en la ley 50 de 1990 no es aplicable al personal docente ya que este no cumple con el requisito de estar afiliado a un fondo privado de cesantías para ser cobijados por dicha normativa.

La no consignación de las cesantías y el pago tardío de las mismas tienen causa generadora y un componente temporal diferente. La sanción que contempla la Ley 50 de 1990 se origina ante la no consignación del empleador en los términos previstos por el Legislador, mientras que la sanción prevista en la Ley 244 de 1995 se da en razón a la solicitud del interesado y la consignación tardía luego de que se emite el respectivo acto administrativo que reconoce la liquidación del auxilio de cesantías, de forma parcial o total, a favor del trabajador.

La Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar “que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías”.

Ciertamente, el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia para señalar que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; no obstante, en lo que concierne al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que establece la Ley 50 de 1990 no ha accedido a dicha solicitud. El Consejo de Estado aduce que dicha normativa sólo cobija a los servidores públicos del orden territorial que se

encuentren afiliados a un fondo privado de cesantías. Este mismo órgano judicial aclaró que en caso de que los docentes se hubiesen vinculado a partir de 1990 los ampara el régimen prestacional de los empleados del orden nacional y se encuentran afiliados al FOMAG, razón por la que no tienen derecho a ese pago.

Así las cosas, acorde con la información suministrada por la Oficina del Fondo de Prestaciones del Magisterio de la SED, la normativa y jurisprudencia enunciada a lo largo del presente estudio, se concluye que teniendo en cuenta que la liquidación y pago de intereses a las cesantías se encuentran regulados por la Ley 91 de 1989 y desarrollado su trámite por el Acuerdo 39 de 1998, disposiciones vigentes aplicables a los afiliados al FOMAG, no existe fundamento legal para acceder a la solicitud de la accionante.

Por último, de acuerdo con el procedimiento establecido en el Acuerdo 39 de 1998, las entidades territoriales reportan a comienzo de cada año las cesantías anuales causadas por los docentes a La Fiduprevisora y dicha fiduciaria calcula, liquida y gira directamente a cada uno de los docentes los intereses a las cesantías. En este sentido, la Oficina de Nómina de la SED reporta a la Fiduciaria a comienzos de cada año y de manera oportuna los consolidados de cesantías docentes causadas durante la vigencia. De otra parte, ni la Secretaría de Educación de Bogotá, ni ninguna entidad territorial certificada paga intereses de cesantías a los docentes afiliados al FOMAG.

E. Excepciones de mérito

1. Inexistencia de la obligación

Teniendo en cuenta que de acuerdo a la normatividad vigente no le asiste el derecho a la parte demandante de lo pretendido y en esa medida no existe ninguna obligación por parte de la Secretaría de Educación de Bogotá de reconocer la sanción moratoria establecida en la ley 50 de 1990, artículo 90 y en la medida en que cumplió con su función de reportar a la Fiduprevisora las liquidaciones anuales de cesantías de la accionante, no es posible ni está previsto en las normas que lo regulan que deba pagársele los emolumentos reclamados.

2. Genérica o innominada

Como todo proceso contencioso de carácter declarativo, pido respetuosamente al señor Juez que en caso de encontrarse acreditada alguna circunstancia liberaría del demandado proceda con su declaración.

F. Pruebas

Solicito se tengan como pruebas a favor de la parte que represento las siguientes:

1. Expediente administrativo.

G. Anexos

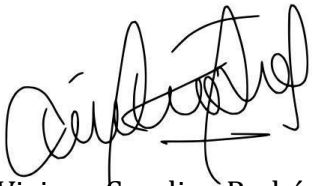
Anexo al presente escrito los siguientes documentos:

1. Poder especial conferido por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C.
2. Poder de sustitución.
3. Pruebas señaladas en el capítulo F del presente escrito.

H. Notificaciones

La Secretaría de Educación recibe notificaciones en la Avenida el Dorado No. 66-63, Bogotá. Al correo electrónico de notificaciones judiciales de la Entidad: notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co y a los correos de la suscrita apoderada carolinarodriguezp7@gmail.com y notificacionesjcr@gmail.com

Del honorable Despacho,



Viviana Carolina Rodríguez Prieto

Apoderada Bogotá D.C. - Secretaría de Educación Distrital

Celular: 3112720996