



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D. C., veinticinco (25) de abril de dos mil veintitrés (2023)

JUEZ: MARTHA HELENA QUINTERO QUINTERO

MEDIO DE CONTROL: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
PROCESO No.: **11001-33-35-015-2022-00183-00**
DEMANDANTE: **SANDRA AZUCENA OJEDA OREJARENA**
DEMANDADO: **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL– FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FOMAG, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C Y FIDUPREVISORA S.A.**

Procede el Juzgado Quince Administrativo del Circuito de Bogotá a decidir el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral promovido por la señora **SANDRA AZUCENA OJEDA OREJARENA**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 51.596.786, contra el ente accionado NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FOMAG, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C Y FIDUPREVISORA S.A., controversia que se resuelve en esta sentencia.

PRETENSIONES

"Primera: Declarar la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día 30 DE OCTUBRE DE 2021, frente a la petición presentada ante la Secretaría de Educación de Bogotá, el día 30 DE JULIO DE 2021, mediante la cual se niega el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantía, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

Segundo: Declarar que mi representada tiene derecho a que la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG y la entidad territorial de Bogotá de manera solidaria, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA

establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

CONDENAS

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

Cuarto: Condenar a la NACIÓN-MINISTERIOR DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG y la entidad territorial de Bogotá, a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACION, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021. (...)"

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Se señalan en la demanda los hechos que se resumen a continuación:

1. La accionante trabajó como docente oficial al servicio de la Secretaría de Educación de Bogotá durante el año 2020. No obstante, la entidad territorial y el Ministerio de Educación Nacional – FOMAG se abstuvieron de consignarle las cesantías y los intereses a las cesantías correspondientes a dicha prestación de conformidad con lo establecido en la Ley 50 de 1990.
2. En virtud de lo anterior, el 30 de Julio de 2021 la demandante solicitó ante las entidades demandadas el reconocimiento y pago de la sanción moratoria con ocasión de la no consignación de las cesantías y sus intereses dentro del término previsto por la ley.
3. Hasta el momento la accionante no ha obtenido respuesta a las solicitudes realizadas, motivo por el cual, asegura que operaron los efectos del silencio administrativo con base en los cuales se entiende que su solicitud fue negada.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LAS PRETENSIONES

Constitucionales: Artículo 13 y Artículo 53

Legales:

- Artículos 5º y 15 de la Ley 91 de 1989.
- Artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
- Artículo 57 de la Ley 1955 de 2019

- Artículo 1º de la Ley 52 de 1975
- Artículo 13 de la Ley 344 de 1996
- Artículo 5º de la Ley 432 de 1998
- Artículo 3º del Decreto Nacional 1176 de 1991
- Artículos 1º y 2º del Decreto Nacional 1582 de 1998

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La apoderada de la parte actora afirma que se transgredieron las disposiciones constitucionales y legales citadas, toda vez que se desconocieron las obligaciones en ellas contenidas. Agrega que en atención al desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 es aplicable en el régimen especial dirigido a los docentes y regulado por la Ley 344 de 1996, toda vez que se trata de una obligación que, en caso de interpretarse de manera restrictiva, dejaría en una situación de desigualdad y desventaja a este gremio en relación con los demás servidores públicos.

Por este motivo, las honorables Cortes han sido enfáticas al advertir que a pesar que las leyes 91 de 1981 y la 344 de 1996 presentan un vacío y no contemplan de manera expresa una sanción por la no consignación de las cesantías reconocidas a los docentes, no es justificable sostener que ésta es inexistente debido a que se trata de un régimen diferente, pues en virtud del principio de favorabilidad y como resultado de una interpretación sistemática de la Ley 50, los docentes, al ser considerados servidores públicos también son acreedores de dicha sanción y no pueden ser objeto de discriminación en razón de su pertenencia a un régimen prestacional diferente. En este orden de ideas, estima que la jurisprudencia ha concluido que la consignación de las cesantías y de sus intereses, constituye una obligación sometida a un plazo legal, que tiene como finalidad garantizar el acceso efectivo a la prestación por parte del docente y cuya sanción moratoria es exigible una vez transcurren los términos consagrados por el legislador.

Para el caso en concreto de la accionante, asegura que las cesantías correspondientes al año en que prestó sus servicios como docente oficial, es decir, el año 2020, jamás fueron consignadas por parte de la Nación y de manera conjunta, por la entidad territorial, quienes conforme con la Ley 1955 de 2019, son las responsables de garantizar estas prestaciones, ello atendiendo a que en su cuenta individual en el FOMAG, únicamente reposan las sumas correspondientes a los intereses de las cesantías, los cuales también fueron consignados de manera tardía.

Finalmente, señala que al comunicarse con el Fondo encargado de administrar estos recursos – FOMAG para hacer efectiva la sanción moratoria, la entidad le

contestó que ésta no era procedente toda vez que su régimen prestacional no se encontraba regulado por la Ley 50 de 1990.

Por lo expuesto anteriormente, solicita que se reconozca a su favor la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y por la consignación tardía de sus intereses, liquidando la primera suma, conforme con los parámetros del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, cuyos efectos retroactivos fueron reconocidos por la Corte en sentencia C-486 de 2016.

CONTESTACIÓN DEMANDA

El auto admisorio de la demanda fue notificado a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FOMAG, la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C Y FIDUPREVISORA S.A (archivo 5) entidades que dentro del término de traslado allegaron contestación de la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

En su escrito de contestación, la entidad demandada sostiene que de acuerdo con los lineamientos de la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que carece de personería jurídica y cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria. En este sentido, en atención a su naturaleza jurídica y estructura, el Fondo no se encuentra constituido como una entidad bancaria, sino como un fondo común conformado por pluralidad de fuentes y regido por el principio de unidad de caja, lo cual le impide la realización de las operaciones financieras consagradas en el Estatuto Orgánico del Sector Financiero y la creación de cuentas individuales para los afiliados, así como también, le impone el deber de presupuestar los valores de las cesantías con base en el reporte anual de liquidación expedido por las entidades territoriales y ejecutar el trasladado al fondo de estos desde el primer mes de cada vigencia.

Bajo esta lógica, el proceso anual mediante el cual se manejan los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de los docentes cuenta con 3 fases en donde se elabora un cálculo actuarial para determinar el pasivo prestacional, se le reportan estas sumas a las entidades territoriales, las cuales a su vez, mediante el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales – FONPET, hacen el traslado de recursos al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y en los casos excepcionales donde los dineros no son suficientes, disponen de los recursos propios. Posteriormente, los valores recaudados son enviados a la Fiduprevisora que en últimas es la encargada de la administración

de los mismos, por lo que concluye que, ante la imposibilidad de consignar individualmente los montos de las cesantías, para el caso concreto, el reconocimiento de la sanción moratoria es improcedente toda vez que resulta imposible su configuración en virtud del funcionamiento particular del sistema.

Advierte que, en consonancia con las disposiciones del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y los pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, los docentes ostentan la calidad de empleados públicos que por mandato legal se encuentran afiliados obligatoriamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En consecuencia, las disposiciones de la Ley 50 no son aplicables para el gremio en mención, toda vez que estas van dirigidas a los servidores públicos del orden territorial que se encuentran afiliados a los fondos privados de cesantías.

Asegura que la extensión de las disposiciones de la Ley 50 como consecuencia de la aplicación del principio de favorabilidad tampoco es procedente en el presente caso, teniendo en cuenta que se trata de dos regímenes disímiles, con modos de liquidación de las cesantías distintos, cuyas disposiciones normativas tienen destinatarios con calidades diferentes. En este sentido, se entiende que los marcos normativos en principio no son concurrentes y, por lo tanto, la aplicación de sus regulaciones no entra en conflicto en el caso en concreto. Ante esta situación, al no existir un conflicto objetivo entre las normas jurídicas el uso del principio de favorabilidad resulta inane.

Ahora bien, en lo concerniente al pago de los intereses de cesantías, la demandada reitera que, al tratarse de un régimen distinto, el cálculo de los mismos es diferente y representa mayores beneficios para los docentes en la medida en que se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia. Por lo tanto, liquidar esta prestación siguiendo los parámetros mencionados por la apoderada de la parte demandante implicaría un detrimento para su poderdante.

Considera que la liquidación y el pago de estas prestaciones se materializan en dos momentos distintos. De este modo, la entrega del reporte de liquidación de las cesantías se ejecuta con anterioridad al 5 de febrero, mientras que el pago de los intereses de las cesantías no tiene un término legal establecido para su ejecución, razón por la cual, para efectos de cumplimiento, se tienen destinados unos pagos programados de 4 nóminas anuales proyectados a finales de marzo, mayo, agosto y diciembre, concluyendo que, por la particularidad de la liquidación y los pagos programados, la sanción por la consignación tardía de los intereses tampoco es aplicable toda vez que no se configura.

Manifiesta que la jurisprudencia citada por la demandante no es aplicable al caso en concreto, bajo el entendido de que se tratan de fallos que responden a supuestos fácticos distintos a los que se presentan en el caso en concreto, toda

vez que en estas providencias judiciales no se afilia a la accionante, cuestión que no se configura acá.

Finalmente, alega la violación del principio de inescindibilidad de la ley toda vez que la aplicación del artículo 99 dentro del régimen especial implica un fraccionamiento del cuerpo normativo en mención, cuestión que la Corte Constitucional en reiteradas decisiones ha advertido que se trata de un aspecto que no puede ser ignorado al momento de utilizar el principio de favorabilidad.

Secretaría de Educación de Bogotá

Por su parte, la Secretaría de Educación en su escrito de contestación argumenta que, de conformidad con la Ley 91 de 1989 le corresponde al FOMAG atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentran vinculados a la fecha de promulgación de la ley en comento, así como del personal afiliado con posterioridad y que en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito por la Nación - Ministerio de Educación Nacional con la Fiduprevisora, es que le corresponde a esa entidad financiera del Estado la administración de los recursos del FOMAG.

Explica que a partir de la expedición de la Ley 91 de 1989 la Nación asumió la carga de atender el pago de todas las obligaciones relacionadas con las prestaciones sociales de los docentes a través de la cuenta especial FOMAG y que dicha competencia fue reafirmada por la Ley 962 de 2005, al reiterar que las prestaciones deben ser reconocidas por el fondo en comento y la cual asigna a las entidades territoriales la obligación de elaborar el proyecto de acto administrativo. Así mismo, señala que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 prevé la forma en la que el FOMAG debe cancelar las cesantías al personal docente, la cual se realiza mediante dos sistemas de liquidación, anualizado o retroactivo, que se determina según la fecha de vinculación del docente. Conforme el procedimiento establecido en el Acuerdo 39 de 1998, las entidades territoriales se encargan de reportar a comienzo de cada año las cesantías anuales causadas por los docentes a la Fiduprevisora, entidad encargada de calcular, liquidar y girar directamente a cada uno de los docentes los intereses a las cesantías. En ese sentido, afirma que 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, y que ni la Secretaría de Educación de Bogotá, ni ninguna entidad territorial certificada paga intereses de cesantías a los docentes afiliados al FOMAG.

De conformidad con los argumentos y la normatividad expuesta hasta el momento, sostiene la apoderada que es claro que la Secretaría de Educación del Distrito interviene únicamente en la elaboración del proyecto de acto administrativo, mediante el cual hace el reconocimiento de las cesantías ya sean parciales o definitivas al personal docente adscrito a dicha entidad territorial,

que el FOMAG reconoce la prestación realizada y finalmente la Fiduprevisora S.A realiza el pago.

Por otro lado, respecto a la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 sostiene la apoderada de la entidad que el alcance de sus previsiones no cubre a los docentes oficiales, pues si bien estos ostentan la calidad de servidores públicos, no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de cesantías consagradas en la ley en comento, comoquiera que la misma no hace referencia explícita a los docentes y aplica para los trabajadores que se vinculen mediante contrato de trabajo y que se rijan 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.

De conformidad con lo anterior, reitera que 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 poder ser cobijados por dicha normativa. Indica que, si bien los docentes tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías esto es con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 y como sustento trae a colación la sentencia del Consejo de Estado CE-SUJ-SII-012-2019 en la que señala 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”.

Concluye solicitando que no se accedan a las pretensiones de la demanda, pues, reitera que el personal docente no cumple con el requisito de estar afiliado a un fondo privado de cesantías, por lo que no le es aplicable la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto de fecha 22 de marzo de 2023 se corrió traslado a las partes y al representante del Ministerio Público por el término de 10 días, para que formularan sus alegatos de conclusión y rindiera concepto de fondo, respectivamente, de conformidad con lo previsto en el Artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, modificada por la Ley 2080 de 2021.

Parte actora: la demandante recorrió traslado señalando que la ley 91 de 1989 actualmente presenta un vacío normativo en lo referente a la sanción moratoria. En este sentido, argumenta que, contrario a lo afirmado por las entidades accionadas, no hay una vulneración del principio de inescindibilidad toda vez que, en el presente caso, en lugar de fragmentar la disposición normativa, se está aplicando la totalidad del contenido legal relativo a la sanción moratoria en

los términos de la Ley 50 de 1990. En consecuencia, la norma proveniente del régimen general no resulta incompatible con el régimen especial, sino por el contrario se trata de un complemento que garantiza la igualdad entre los trabajadores del Estado.

En segundo lugar, reitera que la negativa a aplicar las disposiciones que regulan la sanción moratoria, además de desconocer el precedente constitucional de la sentencia SU-098 de 2018, implicaría situar a los docentes en un escenario de desigualdad frente a los demás servidores públicos, toda vez que, ante la imposibilidad de aplicar la sanción, se disminuiría su garantía para acceder a esta prestación. Estima que los docentes al ser reconocidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado como empleados públicos y al estar regulados por una normativa que no resulta incompatible con las disposiciones de la Ley 50, deberían tener la posibilidad de acceder a los beneficios de la misma en lo relativo a la sanción moratoria

Respecto del cuadro comparativo presentado por la demandada, si bien en principio podría considerarse que el cálculo de intereses a las cesantías con base en los lineamientos del artículo 15 de la ley 91 de 1989 brinda mayores beneficios para los afiliados, en la práctica esta circunstancia resulta alejada de la realidad, pues en últimas son los servidores públicos excluidos del régimen especial quienes obtienen mayores rendimientos.

Por último, reitera que es obligación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio velar por la consignación efectiva de las prestaciones por parte de las entidades públicas que ejercen el rol de empleadoras, en este sentido, no basta con que las sumas sean presupuestadas desde el año anterior, sino por el contrario, es necesario garantizar que dichos valores sean efectivamente girados al fondo. No obstante, en la actualidad no se hacen estas consignaciones y ante esta situación el FOMAG ha presentado evasivas tendientes a desviar la atención de las malas prácticas que lleva desarrollando desde hace años en el manejo de los recursos. De este modo, la demandante llama la atención en que resulta poco razonable que de estas insanas costumbres surja derecho.

Vencido el término mencionado, la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Secretaría de Educación de Bogotá guardaron silencio. Por su parte, el Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto alguno.

CONSIDERACIONES

De la revisión de las piezas procesales, se observa que se surtieron en su totalidad las etapas del proceso ordinario sin que se presenten causales de nulidad de lo actuado, siendo ostensible en estas circunstancias proceder a proferir la decisión que merezca la litis.

Problema jurídico:

El problema jurídico se centrará en determinar: (i) si la accionante en su condición de docente oficial le asiste derecho a reclamar el pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, (ii) si las entidades accionadas incurrieron en mora por la no consignación oportuna de las cesantías de conformidad con lo establecido en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998 y en consecuencia la parte actora tiene derecho al pago de un día de salario por cada día de retardo, (iii) si las entidades accionadas incurrieron en mora en el pago de los intereses a las cesantías de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991 y en consecuencia hay lugar que se pague a la parte actora una indemnización correspondiente al mismo valor de los intereses.

Cuestión previa

Este Despacho mediante auto de fecha 10 de octubre de 2022 determinó la ocurrencia del acto ficto producto del silencio administrativo negativo de las entidades accionadas, resultante de la petición elevada por la demandante el 29 de julio del 2021 con radicado E-2021-180642 (archivo 22).

Decisión de Fondo:

Revisado el acervo probatorio aportado al proceso se encuentra probado que la señora Ojeda Orejarena, se encuentra vinculada a la Secretaría de Educación de Bogotá como docente oficial, afiliada forzosa al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Además, se encuentra sometida al régimen anualizado de cesantías, por lo que para la vigencia 2020 se le liquidó por este concepto el valor de \$5,103,213 pesos y por intereses anuales \$410.804 pesos, estos últimos pagados de forma directa a la trabajadora, el 31 de marzo de 2021, mediante consignación bancaria, de conformidad con la Ley 91 de 1989 (Fl. 76 y 77 archivo 2).

La Secretaría de Educación de Bogotá a través de oficios S-2021-28017 y S-2021-28027 del 4 y 5 de febrero de 2021, remitió a la Fiduprevisora S.A. el reporte de la liquidación efectuada por concepto de cesantías causadas durante la vigencia del año 2020 por parte de los docentes vinculados a este ente territorial, información que fue recepcionada con radicado 20210320319552 del 05 de febrero de 2021 (Fl. 1 a 7 archivo 20).

Es posible constatar por medio del extracto de los intereses a las cesantías que para la vigencia 2020, se liquidó o aprovisionó contablemente las cesantías de la docente demandante y se le calcularon los intereses anuales, pagados el 31 de marzo de 2021. (El. 76 y 77 archivo 2).

Normatividad que regula el pago de las cesantías de los docentes:

Teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda están dirigidas a que se aplique para el reconocimiento y pago de las cesantías de la accionante en su condición de docente lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 "Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones" normativa reglamentada por el Decreto 1176 de 1991, este despacho judicial procede al análisis de las normas citadas como infringidas y de aquellas que regulan taxativamente el pago de cesantías a los docentes así:

"Ley 50 de 1990. **ARTÍCULO 99.-** El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía tendrá las siguientes características:

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

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

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

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

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

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

a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;

b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.

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

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

Norma transcrita, inicialmente destinada específicamente a los trabajadores del sector privado. Sin embargo, mediante el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 esta disposición se hizo extensiva a los servidores públicos al disponer que sin perjuicio de los derechos convencionales y lo establecido en la Ley 91 de 1989, a partir de su publicación, las personas que se vincularan a los Órganos y

entidades del Estado tendrían el régimen anualizado de cesantías, por lo que a 31 de diciembre de cada año se les debe hacer la liquidación definitiva por la anualidad o por la fracción correspondiente y les serían aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a la liquidación anualizada.

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, reglamentó parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, dispuso en su artículo 1 que:

"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. (...)"

En tal sentido, a los servidores públicos les es aplicable el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1991, el cual previó la causación de una penalidad a cargo del empleador, a título de sanción, por la tardanza en la consignación del auxilio de cesantías al fondo al que el empleado se encuentre afiliado, para lo cual estimó la fecha en la que la obligación se haría exigible en los términos que a continuación se señalan:

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.

No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta que la Ley 344 de 1996 exceptuó de la aplicación de la Ley 50 de 1991 a los destinatarios de la Ley 91 de 1989, la cual establece un régimen prestacional para los docentes oficiales independiente de los demás servidores públicos vinculados con posterioridad a la expedición de esta normatividad (1 de enero de 1990), a través del cual se estableció el pago anualizado de las cesantías, reconociendo un interés equivalente a la tasa comercial promedio de captación norma que fue modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003.

Además, la Ley 91 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por la Fiduciaria la Previsora S.A., entidad vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica y autonomía administrativa. El cual, tiene por objeto el pago de las prestaciones sociales del personal docente afiliado, entre las que se encuentra las cesantías, tal como establece de los artículos 2, 3, 4, 5 y 15 numeral 3 de la Ley 91 de 1989.

Respecto al reconocimiento del auxilio de cesantías, la norma referida anteriormente en el numeral 5 del artículo 2 estableció que su reconocimiento estaría a cargo de la nación y serían pagadas por el Fondo al cual están afiliados de manera obligatoria los docentes, es decir al FOMAG. En el mismo sentido el artículo 9 de la Ley 91 de 1989, indica que es el Ministerio de Educación Nacional a través de los entes territoriales el responsable del reconocimiento de las

cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Asimismo, las cesantías a favor de los docentes, se encuentran reguladas en el artículo 15 numerales 1o y 3o de la Ley 91 de 1989. De acuerdo con la norma, los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se les aplica un sistema de cesantías con retroactividad, mientras que para aquellos docentes nacionalizados vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1990 o para los docentes del orden nacional se les aplica un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.¹

Lo cual, permite concluir que es obligación del Fondo 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.

Es claro entonces, que el régimen de cesantías docentes es especial, además, se encuentra financiado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la ley 91 de 1989 con una variedad de recursos de distintas fuentes a saber que convergen en una cuenta especial (FOMAG), así: i) Un porcentaje del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo, cuotas de afiliación o inscripción; ii) El aporte mensual de los docentes; iii) El aporte mensual de los pensionados del Fondo; iv) El porcentaje de aporte mensual de la Nación sobre los servicios personales de los docentes; v) El aporte anual de la Nación también liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes; vi) El aporte de las entidades territoriales de recursos del IVA; vii) Sumas adeudadas por prestaciones sociales de la Nación, las entidades territoriales, Cajanal y Fondo Nacional del Ahorro; viii) Utilidades de inversiones que realice el Fondo y; ix) Otros recursos².

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

(...)

3. Cesantías:

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.

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.

² Artículo 8 Ley 91 de 1989

De la normativa en cita, es evidente para este despacho judicial que el fondo se rige por el principio de unidad de caja lo que significa que con el recaudo de todos los ingresos se conforma un fondo común con el cual se atienden todas las prestaciones que se causen por parte de los docentes vinculados y no existe norma que determine la existencia de cuentas individuales.

De la misma forma, la normatividad que regula el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía para los docentes oficiales vinculados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no consagra la obligatoriedad de las entidades territoriales o de la Nación de consignar en una cuenta individual a más tardar al 15 de febrero del año siguiente, el valor que se liquida por este concepto a cada uno de los docentes, porque las mismas no existen y por esta razón es que el mismo artículo 13 de la Ley 344 de 1996 que hace extensivo el artículo 99 de la ley 50 de 1990 a los servidores públicos, también excluye de manera taxativa a aquellos servidores que tienen reconocidos derechos convencionales así como los regidos por la ley 91 de 1989, precisamente porque el Fondo de prestaciones sociales del magisterio (FOMAG), es una cuenta especial que se rige por el principio de unidad de caja lo que significa que con el recaudo de todos los ingresos se conforma un fondo común con el cual se atienden todas las erogaciones por concepto de prestaciones sociales que se causen a favor de los docentes vinculados al mismo, cuando estas sean exigibles. Con ello el legislador pretendió garantizar que los afiliados puedan 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.

Por su parte, es importante resaltar que 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 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, se expide con fundamento en la ley 91 de 1989, pues es la que rige el pago de cesantías a los docentes otorgándoles unos beneficios superiores a los demás empleados públicos como lo es el monto de los intereses a reconocer, determinó en su artículo segundo y tercero que las entidades territoriales deben liquidar anualmente las cesantías de los docentes activos y retirados y remitir las liquidaciones al Fondo para que efectúe el pago de los intereses de estas, los cuales son calculados de acuerdo con el DTF certificado por la Superintendencia Financiera. Esa liquidación se realiza a través de la plataforma electrónica dispuesta por FOMAG, en aplicación al Acuerdo 39 de 1998, según comunicado No. 016 del 17 de diciembre de 2019 y 0008 del 11 de diciembre de 2020 (Archivos 11 y 12).

De igual manera, el artículo 4 del Acuerdo 39 de 1998 prevé que el pago de los intereses se debe realizar en las cuentas bancarias de los docentes en el mes de marzo de cada año, teniendo en consideración que el reporte se haya realizado antes del 5 de febrero de ese año; si el reporte se recibió antes del 15 de marzo la consignación se debe hacer en el mes de mayo y si fue posterior el reporte se debe hacer programación posterior. Estos intereses se calculan sobre la suma acumulada de las cesantías que se liquida año a año. Información que es reiterada por el FOMAG en comunicado No. 016 del 17 de diciembre de 2019 y 0008 del 11 de diciembre de 2020.

Conforme a la normatividad analizada es evidente que las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están reguladas por un régimen especial, regulado por la ley 91 de 1989 y los acuerdos que la reglamentan, razón por la cual las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad y los actos administrativos demandados se mantienen incólumes, pues las motivaciones en ellos expuestos encuentran respaldo legal.

En cuanto a la solicitud de aplicación del precedente de la Honorable Corte Constitucional y Sentencias del Honorable Consejo de Estado:

Teniendo en cuenta, que entre los fundamentos expuestos por la accionante para sustentar sus pretensiones, se solicita se de aplicación a lo dispuesto en la sentencia SU-098 de 2018, y a diferentes fallos proferidos por el Consejo de Estado, este Despacho acoge el análisis realizado por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda - Subsección “C”, en fallo del 22 de febrero de 2023³, toda vez que en este la Doctora Amparo Oviedo Pinto Magistrada ponente, realiza un estudio completo de la Sentencia de Unificación proferida por la Corte Constitucional y de los diferentes fallos proferidos por el Consejo de Estado determinando el honorable Tribunal que no hay lugar hacer extensiva la jurisprudencia, en cuanto hay ausencia de identidad fáctica, entre el caso objeto de estudio y los casos analizados tanto por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación, como de los fallos del Consejo de Estado. Es así como en la sentencia del 22 de febrero de 2023 mencionada, se señaló textualmente:

"(...) i) en los pronunciamientos aportados por el demandante y que guardan identidad fáctica con el aquí planteado (No. interno 0324-2016 del 10 de julio de 2020; 1689-2018 del 12 de noviembre de 2020; 4979-2017 del 17 de junio de 2021 y 5865 -2019 del 17 de junio de 2021) no se entró a analizar de fondo el derecho; únicamente analizó si había operado o no la prescripción del mismo; iii) el fallo que sí accede a las pretensiones de la demanda en un caso simular al aquí estudiado (No. interno 4854-2014 del 24 de enero de 2019), fue dictado en reemplazo de otro, en virtud de un fallo de tutela que ordenó dar aplicación a la sentencia SU - 098 de 2018 que, como se indicó anteriormente, fue posteriormente inaplicada por la misma Corte Constitucional en un caso con identidad fáctica al aquí planteado; iv) el otro pronunciamiento que accede a las pretensiones de la demanda (sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 del 06 de agosto de 2020) no guarda identidad fáctica con el caso aquí estudiado, pues allí se estudió el caso de la Secretaria de Salud Municipal de Sabanagrande."

En consecuencia, en el presente evento no hay lugar a aplicar la sentencia de Unificación referida y tampoco a declarar la nulidad de los actos demandados teniendo en cuenta que los fundamentos fácticos del caso analizado en la sentencia del 22 de febrero de 2023 por el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca son idénticos al caso analizado por este despacho. Ello teniendo en cuenta que desde el punto factico se evidencia, como ya se indicó que la señora Ojeda Orejarena, se encuentra vinculada al servicio público docente, y que en esa condición es afiliada forzosa al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Además, se encuentra sometida al régimen anualizado de cesantías,

³Fallo del 22 de febrero de 2023. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, M.P. Amparo Oviedo Pinto. Radicado: 11001-33-42-050-2022-00131-01

por lo que para la vigencia 2020 se le liquidó por este concepto el valor de \$5,103,213 pesos y por intereses anuales \$410.804, estos últimos pagados de forma directa a la trabajadora, el 31 de marzo de 2021, mediante consignación bancaria, de conformidad con la Ley 91 de 1989 (Fl. 76 y 77 archivo 2).

Participa de los mismos fundamentos facticos que la sentencia referida igualmente, en cuanto la Secretaría de Educación de Bogotá a través de oficios S-2021-28017 y S- 2021-28027 del 4 y 5 de febrero de 2021, remitió a la Fiduprevisora S.A. el reporte de la liquidación efectuada por concepto de cesantías causadas durante la vigencia del año 2020 por parte de los docentes vinculados a este ente territorial, información que fue recepcionada con radicado 20210320319552 del 05 de febrero de 2021 (Fls. 1 al 7 archivo 20), cumpliendo con la carga administrativa impuesta por la normatividad que regula en reconocimiento y pago de esta prestación.

Y finalmente es posible constatar por medio del extracto de los intereses a las cesantías que para la vigencia 2020, se liquidó o aprovisionó contablemente las cesantías de la docente demandante y se le calcularon los intereses anuales, pagados el 31 de marzo de 2021. (Fl. 76 a 77 archivo 2).

En suma, al participar de fundamentos facticos similares con la sentencia del 22 de febrero de 2023, también le es aplicable el análisis jurídico realizado en la misma para negar las pretensiones de la demanda, por lo que es ostensible para este despacho concluir que no le son aplicables las sentencias que pretende hacer valer en este proceso, y queda demostrado que no le es aplicable el artículo 99 de la ley 50 de 1990. Tampoco es posible predicar mora en la consignación de las cesantías en cuanto los recursos son girados mes a mes por el Ministerio de Educación al FOMAG, además no hay lugar a dar aplicación a la sanción moratoria por consignación extemporánea de las cesantías al no encontrarse está consagrada en su régimen especial, esto es en la Ley 91 de 1989, en cuanto no existe, la obligatoriedad de las entidades accionadas de consignar el valor de las cesantías de la señora Sandra Azucena Ojeda Orejarena en una cuenta individual en el FOMAG.

En consecuencia, al no acreditarse los presupuestos del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el caso bajo estudio, la demandante no tiene derecho a la sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de mora, a partir del 16 de febrero de 2021, como quiera que esta Ley, en la cual se funda la pretensión de la parte actora, fue excepcionada textualmente para ser aplicada a los docentes oficiales vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales según lo dispuesto al artículo 13 de la Ley 344 de 1996, ello por cuanto como quedo expuesto los docentes tienen un régimen especial y más favorable.

Por otra parte, la sentencia SU – 098 de 2018 como se analizó en precedencia no es aplicable al presente caso por no guardar identidad fáctica con el asunto resuelto por la Honorable Corte, especialmente porque en el caso aquí estudiado la demandante sí está afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en caso analizado por la Corte Constitucional la docente no se

encontraba afiliada al Fondo, tal como lo consideró la misma Corte en sentencia SU-573 de 20194 y lo analizó el Tribunal.

En cuanto a la mora en el pago de los intereses:

Por último, teniendo en cuenta que los docentes oficiales ostentan un régimen especial en materia de liquidación de los intereses anuales causados por concepto de cesantías, contemplado en el artículo 15 numeral 3 de la Ley 91 de 1989, no resulta aplicable la indemnización por ausencia de pago de estos rendimientos de conformidad con la Ley 52 de 1975 "Por la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares", como lo pretende hacer ver la parte demandante, por no pagarse directamente dentro del mes siguiente a su liquidación, es decir, en el mes de enero del año siguiente aquel en que se causaron, o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo periodo anual, por lo que se negará igualmente, la pretensión tendiente a su reconocimiento.

CONCLUSION. Los argumentos expuestos en la demanda no lograron desvirtuar la legalidad de los actos administrativos demandados, razón por la cual estos se mantienen incólumes, siendo procedente negar las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quince Administrativo - Sección Segunda - del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda impetrada por la señora **SANDRA AZUCENA OJEDA OREJARENA**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 51.596.786 expedida en Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: No condenar en costas a la parte actora.

TERCERO: Reconocer personería para adjetiva al Dr. Pedro Antonio Chaustre Hernández identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.589.807 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 101271 del C.S. de la J, para que actúe en este proceso como apoderado principal y al Dr. Giovanni Alexander Sanabria Velázquez identificado con cédula de ciudadanía No. 1.024.476.225 de Bogotá y Tarjeta

4 "(...) 68. Ahora bien, durante el trámite de la acción de tutela, los accionantes allegaron ante el juez de primera instancia la *Sentencia SU-098 de 2018*, por medio de la cual la Corte Constitucional resolvió sobre el "pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en la fecha indicada en la ley, así como de los intereses y los rendimientos financieros que se causaron con dicho retardo". A pesar de no haber sido parte del debate procesal en sede de tutela, esta sentencia tampoco constituye un precedente aplicable al asunto sub examine respecto del cual se pueda evidenciar prima facie una amenaza de vulneración a los derechos fundamentales de los tutelantes, por cuanto: (i) la decisión es posterior a las providencias judiciales cuestionadas en sede de tutela y, (ii) no obstante la Corte se pronunció sobre la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías prevista por la *Ley 50 de 1990*, artículo 13 de la *Ley 344 de 1996* y los Decretos *1582* de 1998 y *1252* de 2000, la ausencia de identidad fáctica también "impide aplicar el precedente al caso concreto", como pasa a explicarse."

Nulidad y Restablecimiento del derecho: 2022-00183

Demandante: Sandra Azucena Ojeda Orejarena

Demandado: Nación – Ministerio De Educación – FOMAG - Secretaría de Educación de Bogotá D.C. y Fiduprevisora S.A.

Profesional No. 391.789 del C.S. de la J., para que actúe en este proceso como apoderado sustituto de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C, en los términos y para los fines del poder conferido.

CUARTO: La presente providencia se notifica a las partes de conformidad con el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 247 ibídem.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**MARTHA HELENA QUINTERO QUINTERO
JUEZ**

DAFC

Firmado Por:
Martha Helena Quintero Quintero
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
015
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6d08b53e205ab785e40020caa72a18d43cb12d2590517c22e60c0904284f0aa6**

Documento generado en 25/04/2023 10:51:03 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**