RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTIOCHO ADMINISTRATIVO
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
-SECCIÓN SEGUNDA-

Bogotá D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Expediente:	**11001-33-35-028-2022-00175-00**
Demandante:	**Gina Irlanda Quintero Quiñones**[1]
Demandada:	**Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Bogotá D.C.- Secretaría de Educación Distrital**
Vinculada:	**Fiduciaria La Previsora S.A.- FIDUPREVISORA** [2]
Controversia:	**Sanción Moratoria Ley 50 de 1990**

Procede el Despacho a proferir sentencia anticipada, de conformidad con el numeral 1° del artículo 42[3] de la Ley 2080 de 2021[4] por el cual se adiciona el artículo 182A a la Ley 1437 de 2011[5], dentro del proceso promovido por la demandante **Gina Irlanda Quintero Quiñones** identificada con cédula de ciudadanía No. 59.664.161 por intermedio de apoderada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en contra de la **Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Bogotá D.C.- Secretaría de Educación Distrital,** siendo vinculada al extremo pasivo la **Fiduciaria La Previsora S.A..**

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones[6]

La parte demandante solicita:

> ***"****(...) I. PETICIONES*
>
> *Declarar la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día 30 OCTUBRE DEL 2021, frente a la petición presentada ante DISTRITO CAPITAL – SECRETARIA DE EDUCACIÒN DE BOGOTÀ, el día 30 JULIO DEL 2021, mediante la cual se niega el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (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*

---

[1] notificacionescundinamarcalgab@gmail.com

[2] notjudicial@fiduprevisora.com.co t_krueda@fiduprevisora.com.co procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co pchaustre@chaustreabogados.com

[3] *"Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:*
1. Antes de la audiencia inicial:
a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho;
b) Cuando no haya que practicar pruebas;
c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; (…)"

[4] Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción.

[5] Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

[6] Folios 2 a 4 del Documento #1 del expediente digital.

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 cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG y la entidad territorial DISTRITO CAPITAL – SECRETARIA DE EDUCACIÒN DE BOGOTÀ, 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

Condenar a la NACIÓN- MINISTERIO 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 un (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.

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

Condenar a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG y a la entidad territorial de Bogotá, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

Condenar a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG y a la entidad territorial de Bogotá, - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

Que se ordene a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG y a la entidad territorial de Bogotá, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde La comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

Condenar en costas a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG y a la entidad territorial de Bogotá, de conformidad con lo estipulado

> *en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010. (…).”*

2. Hechos[7]

La parte demandante señala que mediante el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, la cual de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 tiene la competencia de pagar las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

Destaca que con la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019, se modificó la Ley 91 de 1989 entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales, el pago de los intereses a la cesantía antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente y la consignación a la cesantía en el fondo de prestaciones del magisterio en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.

Indica que la apoderada, que la demandante en su condición de docente al servicio de las entidades demandadas tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero de 2021, indicando que las demandadas no han procedido a realizar de manera efectiva la consignación de intereses y cesantías, por lo que al haber sido rebasados los términos legales se causa la sanción moratoria.

Aduce que el 30 de julio de 2021 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora la cual negó de forma ficta lo solicitado.

Resalta que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, a los docentes le es aplicable lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que si al 15 de febrero de la anualidad siguiente no se verifica el depósito del monto correspondiente al fondo de la cesantía al que el empleado se encuentre afiliado el mismo puede requerir el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

3. Normas violadas y concepto de violación[8]

El demandante cita como normas violadas, los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, artículos 5 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 1° de la Ley 52 de 1975, artículo 13 de la Ley 344 de 1996, artículo 5° de la Ley 432 de 1998, artículo 3 del Decreto 1176 de 1991, artículos 1 y 2 del Decreto 1582 de 1998.

Señala que está ampliamente fundado legal y jurisprudencialmente que la entidad territorial nominadora junto con la Nación- Ministerio de Educación Nacional, al

[7] Folios 4 a 8 del documento #1 del expediente digital.
[8] Folios 9 a 54 del documento #1 del expediente digital.

resolver presuntamente la reclamación administrativa presentada por la demandante incurrió en la causal denominada desconocimiento o infracción en las normas en las que debe fundarse.

Lo anterior, lo fundamenta en que tanto la Corte Constitucional como la Sección Segunda del Consejo de Estado, se han pronunciado de manera unificada en el sentido de indicar que los docentes vinculados después del 1° de enero de 1990, tienen derecho a que sus cesantías sean consignadas el 15 de febrero de cada anualidad, y no como de manera irregular se estaba haciendo por parte del Ministerio de Hacienda de apropiar recursos para sufragar el costo de anticipos de cesantías en el mes de julio de cada año, y, en consecuencia al no ser puestas a disposición del docente en la fecha especificada en la ley se genera la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Argumenta que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, está constituido por los recursos señalados en el artículo 8° de la Ley 91 de 1989, entre los que destaca los correspondientes a las cesantías retroactivas para aquellos vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 y los depósitos que debía hacer la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional el 15 de febrero de cada año para los docentes vinculados después del 1° de enero de 1990, conforme lo establecido en la Ley 50 de 1990.

Indica que si bien la Ley 50 de 1990, es posterior a la expedición de la Ley 91 de 1989, su finalidad fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos incluidos los docentes cuyo régimen de cesantías es el anualizado, tal y como ha quedado claro de las sentencias C-486 de 2016, SU-098 de 2018, SU-332 de 2019 y SU-041 de 2020.

Arguye que la entidad no puede seguir insistiendo en que existe un procedimiento interno diferente en donde se menciona un documento en el que se aduce el monto al que equivaldrían las cesantías del docente, pues lo que el docente solicita es la consignación.

De igual forma, señala que se encuentra probado en el expediente que lo que fue consignado a la cuenta del docente fueron los intereses a las cesantías del año 2020, de manera extemporánea lo que igualmente genera una sanción por mora independiente.

Destaca que la finalidad de los regímenes especiales es conceder ciertos beneficios legales a un determinado grupo de trabajadores, sin que se vuelva un medio discriminatorio para el reconocimiento o acceso a derechos mínimos que se encuentran consagrados en la legislación para la generalidad, lo que significa que si el régimen especial resulta ser menos favorable a la norma general, se debe imponer esta última, por cuanto la idea de las normas especiales es el mayor beneficio para las personas destinatarias.

4. Trámite del proceso

Mediante el auto proferido el 16 de junio de 2022[9], se admitió la demanda y se dispuso la notificación de las partes e intervinientes, así mismo, se dispuso la vinculación de la Fiduciaria La Previsora S.A.

[9] Documento #4 del expediente digital.

La notificación de las partes e intervinientes, se llevó a cabo el 26 de octubre de 2022[10], mediante correo electrónico.

5. Contestación de la demanda

5.1 Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio[11]

En primer lugar propone las excepciones previas de caducidad y falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto de la primera se limitó a señalar su concepto jurídico, sin explicar cómo aplica en la presente controversia; en cuanto a la segunda, indicó que la calidad de empleador de los docentes, la ostenta la entidad territorial que tiene la obligación de realizar la actividad operativa de liquidación de las cesantías.

En segundo lugar, propone la excepción denominada inexistencia de la obligación, la cual fundamenta, en síntesis, en lo siguiente:

Señala que existe imposibilidad jurídica y material de administrar los recursos de las cesantías de los docentes del FOMAG bajo la figura de cuentas individuales, lo cual descarta, de contera, que se pueda ejecutar el acto físico de la consignación de las cesantías, hecho del cual pende la configuración de la sanción moratoria de que trata la Ley 50 de 1990, artículo 99.

Aduce que deben tenerse en cuanta las órdenes que se desprenden de la sentencia de unificación SU-098 de 2018, en la cual la Corte Constitucional delimitó el rango interpretativo del principio de favorabilidad para la aplicación de la normativa relacionada con las cesantías de los docentes oficiales. Respecto del principio de inescindibilidad, dijo el alto tribunal que bajo ninguna medida podía entenderse la aplicación fragmentada de las normas que gobiernan el régimen especial de los docentes; por el contrario, anota esta jurisprudencia que "no se trata de normas excluyentes que exigen aplicar una u otra sino de disposiciones que se complementan". Así las cosas, la interpretación que se le debe dar al caso concreto que nos trae al presente litigio debe salvaguardar el mandato expresado en la sentencia de unificación citada, es decir, bajo ninguna medida pueden dejarse de lado circunstancias legalmente reguladas como la imposibilidad de creación de cuentas individuales para las cesantías de los docentes y la misma imposibilidad de consignar sus cesantías en cuentas que la legislación no ha previsto. También se deben salvaguardar los procedimientos previstos en las normas vigentes para la liquidación de las cesantías y sus intereses, ya que una interpretación en contrario equivale a transgredir el principio de inescindibilidad y la jurisprudencia misma de la Corte Constitucional. Acto seguido, se debe verificar que para la vigencia de 2020 se hayan llevado a cabo los trámites a los que se refiere la Ley 91 de 1989, el Acuerdo No. 39 de 1998, el principio de "unidad de caja" consignado en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y las demás normas concordantes.

[10]Documento #5 del expediente digital.
[11] Documento #6 del expediente digital.

Por lo anterior, destaca que lo que se solicita en la presente demanda es un hecho de imposible cumplimiento, ya que como reiteradamente se señala en el texto del líbelo, se pretende que las cesantías de los docentes sean consignadas en una cuenta individual del docente en el FOMAG, siendo que la misma legislación previó un sistema distinto para este esquema en donde es inadmisible la administración a través de cuentas individuales. Para que esto sea posible se requeriría que el legislador desmonte el compendio de normas bajo la cual se erige la estructura del FOMAG y en su lugar disponga otro modelo que derogue el que actualmente se encuentra vigente. Así mismo, yerra el demandante cuando señala que esta obligación inicia con la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019, artículo 57, siendo que esta norma jamás hace referencia a la constitución de cuentas individuales; por el contrario, ratifica el principio de unidad de caja para el pago de las prestaciones económicas de los docentes y la prestación de los servicios médico-asistenciales.

Por lo anterior, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

5.2 Bogotá D.C- Secretaría de Educación Distrital[12]

La Secretaría de Educación Distrital contestó la demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones solicitadas y propuso en primer lugar la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, según la cual dicha entidad carece de legitimación en la causa material por pasiva frente a las pretensiones en la medida que, de conformidad con la ley sustancial, esta entidad no guarda vínculo alguno con los hechos y derechos en controversia y conforme con las pretensiones de la demanda, no es aplicable la obligación contemplada en el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019..

En segundo lugar, propone las excepciones denominadas i) Inexistencia de la obligación, y iii) Genérica o innominada, las cuales fundamenta, en síntesis, en 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.

Indica que 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

[12] Documento #8 del expediente digital.

Destaca que la Subsección Segunda del Consejo de Estado ha sostenido la tesis de que los docentes oficiales, si bien son servidores públicos, 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.

Por lo anterior, señala que 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.

Así las cosas, considera la entidad que la presunción de legalidad del acto administrativo acusado no fue enervada y en ese sentido se deben negar las pretensiones de la demanda.

5.3. Fiduciaria la Previsora S.A.

No presentó contestación a la demanda, tal como quedó establecido mediante el auto de 23 de febrero de 2023[13].

6. Pronunciamiento frente a las excepciones propuestas, fijación del litigio y decreto de pruebas

Mediante el auto proferido el 23 de febrero de 2023[14], el Despacho se pronunció respecto de las excepciones, resolviendo la excepción previa de caducidad y la excepción mixta de falta de legitimación en causa por pasiva, y así mismo, procedió a fijar el litigio y a pronunciarse sobre las pruebas, requiriendo a la parte demandada para que aportara una serie de documentos.

Una vez aportados los documentos requeridos, mediante el auto proferido el 13 de abril de 2023[15], se incorporaron las pruebas documentales aportadas y se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión dentro del término de 10 días y en la misma oportunidad se le informó al agente del Ministerio Público que podía presentar el respectivo concepto.

7. Alegatos de conclusión

7.1 Parte demandante[16]

Mediante memorial allegado el 26 de abril de 2023, la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión reiterando los fundamentos esgrimidos en la demanda, destacando que a la demandante en su condición de docente le es aplicable la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por cuanto

[13] Documento #9 del expediente digital.
[14] Ibídem
[15] Documento # 15 del expediente digital.
[16] Documento #18 del expediente digital.

quedó probado que las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en el plazo establecido para tal fin, esto es a más tardar el 15 de febrero de 2021.

Igualmente trae a colación la jurisprudencia del Consejo de Estado que se ha referido a la procedencia de la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para el caso de los docentes oficiales destacando que ya fue proferida la sentencia de unificación por parte de la Sección Segunda identificada como CE-SUJ-SII-022-2020 de 6 de agosto de 2020, en la cual se estableció que las cesantías se deben consignar antes del 15 de febrero del año siguiente.

Por otra parte, señala que si bien mediante la SU-573 de 2019, la Corte Constitucional determinó que las acciones de tutela eran improcedentes para debatir sobre términos prescriptivos en la misma no se debatió la procedencia de la aplicación de la Ley 50 para los docentes por lo que el contenido de la sentencia SU-098 de 2018, se mantiene vigente.

Así las cosas, considera que se debe acceder a las pretensiones de la demanda en observancia del criterio jurisprudencial vigente y la comprobación de la no consignación oportuna de las cesantías a la demandante conforme lo dispuesto en la Ley 50 de 1990.

7.2 Nación- Min. Educación- Fonpremag[17]

Por medio de correo electrónico aportado el 9 de febrero de 2023, la apoderada de la **Nación- Min. Educación- Fonpremag** presentó sus alegatos de conclusión, reiterando las consideraciones y fundamentos de la contestación de la demanda, destacando que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, atendiendo a que la indemnización moratoria establecida en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 exige la existencia de un empleador moroso, calidad que nunca ha ostentando el Fondo, comoquiera que en su sistema especial existe un pregiro mediante las apropiaciones incorporadas y aprobadas en la Ley del Presupuesto General de la Nación para cada año fiscal.

Así mismo, señala que de conformidad con el Acuerdo 39 de 1998, el ente territorial solo realiza la liquidación de las cesantías y sus intereses y lo remite al fondo, por lo que al no existir la figura de la consignación antes del 15 de febrero no puede abrirse camino a consignación extemporánea y en consecuencia, tampoco hay lugar a la indemnización solicitada.

Destaca que la totalidad de los recursos destinados al Distrito Capital de Bogotá una vez emanaron de la Nación no fueron consignados a una cuenta bancaria, sino que, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público descontó los rubros pertenecientes a las prestaciones sociales docentes, conforme lo dispuesto en la Ley 715 de 2001 y Decreto 3752 de 2003 y los giró directamente al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que mucho antes del 15 de febrero de 2021 los recursos pertenecientes al accionante por concepto de cesantías e intereses ya habían sido pre-girados al fondo y reposaban en este bajo el concepto de unidad de caja hallándose disponibles para el pago de cesantías e intereses.

[17]Documento #18 del expediente digital.

Por lo anterior, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

7.2 Bogotá- Secretaría de Educación Distrital[18]

Por medio de correo electrónico aportado el 27 de abril de 2023, el apoderado de la entidad territorial presentó sus alegatos de conclusión, en esencia reiterando las consideraciones y fundamentos de la contestación de la demanda.

7.3 Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público, dentro del término legal no rindió concepto al respecto.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

El presente proceso se contrae a determinar si es posible declarar la existencia y nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo acusado, y, en consecuencia, si la parte demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, de que trata la Ley 50 de 1990 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecido en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975.

2.- Marco Normativo

2.1 Del régimen de cesantías de los servidores públicos

Por medio de la Ley 6 de 1945[19], se estableció a favor de los empleados y obreros nacionales el derecho al auxilio de cesantía, de la siguiente manera:

> *"(...) ARTÍCULO 12.- Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros: (...)*
>
> *f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.*
>
> *Cada tres años de trabajo continúo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años. (...)"*
>
> *ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:*
>
> *a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942. (...)"*

[18] Documento # 25 del expediente digital.
[19] "(...) *Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo. (...)"*

Posteriormente, en el artículo 6° Decreto 1160 de 1947[20] se estableció la forma de liquidación del auxilio de cesantía teniendo en cuenta el último sueldo o jornal devengado siempre y cuando no hubiera tenido modificaciones en los últimos 3 meses en cuyo caso la liquidación se haría por el promedio de lo devengado en los últimos 12 meses o en todo el tiempo de servicio si fuera menor.

A través del Decreto 3118 de 1968, se creó el Fondo Nacional del Ahorro y se establecieron normas sobre el auxilio de cesantía de empleados y trabajadores oficiales, determinando a liquidación anual de las cesantías y los intereses a las cesantías así:

> *"(...) ARTÍCULO 27. Liquidaciones anuales. Cada año calendario, contado a partir del 1o. de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado, liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados.*
>
> *La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador. (...)*
>
> *ARTÍCULO 28. Liquidación año de retiro. En caso de retiro del empleado o trabajador, el respectivo Ministerio, Departamento Administrativo, Superintendencia, Establecimiento Público o Empresa Industrial y Comercial del Estado, liquidará la cesantía que corresponda al empleado o trabajador por el tiempo servido en el año de retiro. (...)*
>
> *ARTÍCULO 33. Intereses en favor de los trabajadores. El Fondo Nacional de Ahorro liquidará y abonará en cuenta, intereses del nueve (9) por ciento anual sobre las cantidades que el 31 de diciembre de cada año figuren a favor de cada empleado público o trabajador oficial (...)"*

Posteriormente por medio de la Ley 50 de 1990 *"(...) Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones (...)",* estableció en su artículo 99 un nuevo régimen de auxilio de cesantía así:

> *"(...) 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*

[20] *"(...) Sobre auxilio de cesantía (...)"*

> *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. (...)"*

Ahora bien, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, *"(...) por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones (...)"*, dispuso un régimen de liquidación anual de las cesantías, para los servidores que se vincularan a los órganos y entidades del Estado de cualquier nivel, nacional, municipal o distrital, con aplicación a partir de 1997 y corte a 31 de diciembre de cada año, así:

> ***"(…) ARTÍCULO 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley**, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías**:***
>
> *a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;*
>
> *b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo**." (…) (Destacado fuera de texto).***

Posteriormente, en la Ley 432 de 1998 *"(...) Por la cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro se transforma su naturaleza y se dictan otras disposiciones (...)",* dispuso en su artículo 5° la afiliación al Fondo Nacional de Ahorro de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional excluyendo al personal uniformado de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional y a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así mismo, en su artículo 6° previo que en la fecha establecida para efectuar las consignaciones de los aportes a los sistemas de pensiones y salud las entidades públicas debían transferir al mencionado fondo una doceava parte de los factores de salario base para liquidar las cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior, so pena del cobro de intereses a favor del fondo.

Así mismo, con la expedición del Decreto 1582 de 1998 *"(...) Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia. (...)*", se indicó que el régimen de liquidación pago de las cesantías de los servidores públicos territoriales y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 afiliados a los fondos privados de cesantías serían las previstas en la Ley 50 de 1990, así:

> ***"(…) Artículo 1º.-** El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.*
>
> ***Parágrafo. -** Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998. (...)"*

2.2 Las cesantías en el régimen especial de los educadores estatales:

A través de 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, sin personería jurídica, cuyos recursos, en cumplimiento del artículo 3º, son manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga una participación Superior al 90%, en este caso Fiduprevisora S.A.

El artículo 2 puntualizó la forma como se asumirían las obligaciones prestacionales para el personal docente, así:

> ***"(…) Artículo 2º.-*** *De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera: (...)*
>
> *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 hicieren 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. (...)"*

Ahora bien, sobre el reconocimiento de las cesantías para los docentes nacionales, nacionalizados y **los vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1990** el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, estableció:

> *"(...)* ***Artículo 15****. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*
> *1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*
> *Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.*
> *(...)*
> ***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 1º 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 1º 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 de*

> *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, acumuladas 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."*
> (Destacado fuera de texto)

Así mismo, en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 *"(...) Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario (...)",* estableció que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley.

2.3 Competencia del reconocimiento de las cesantías docentes y forma de pago

El artículo 9° de la Ley 91 de 1989, establece respecto del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo siguiente:

> *"(...) Artículo 9. Las Prestaciones Sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales. (...)".*

Posteriormente, mediante el artículo 56 de 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 o prestan servicios públicos. (...)"*, estableció que las prestaciones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serían reconocidas por dicho 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.

No obstante, esta última norma fue derogada por la Ley 1955 de 2019 *"(...) Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 (...)"*, que en su artículo 57 determinó:

> ***"(…) 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 solo 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. (...)"*

Lo anterior, fue reglamentado mediante el Decreto 942 de 1° de junio de 2022, no obstante, este no resulta aplicable al caso concreto, comoquiera que no estaba vigente para la época de los hechos.

Ahora bien, respecto de la forma de pago de las cesantías de los docentes oficiales, se observa lo siguiente:

Como se advirtió 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, en cumplimiento del artículo 3º de la Ley 91 de 1989, son manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, así mismo, en el artículo 8° de la norma *ibidem* se estableció que el citado fondo estaría constituido por unos recursos, así:

"(...) Artículo 8. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.
2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.
3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.
4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.
5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.
6. El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4a. de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales.
7. El porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de las prestaciones del Magisterio.
8. Las sumas que debe recibir de la Nación y de las entidades territoriales por concepto de las prestaciones sociales adeudadas, así como los dineros que por el mismo concepto resulten adeudar la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro, las cuales se destinarán a constituir las reservas para el pago

> *de las prestaciones económicas. Para este último efecto, el Fondo realizará un corte de cuentas con las mencionadas entidades con el fin de determinar las sumas que éstas adeudan al momento de su iniciación.*
> *Dicho corte de cuentas deberá estar perfeccionado a más tardar en un año.*
> *9. Las utilidades provenientes de las inversiones que haga el Fondo con fines de rentabilidad y los intereses recibidos por concepto de los préstamos que conceda.*
> *10. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto. (...)" (Destacado fuera de texto)*

Ahor bien, de conformidad con los artículos 12 y 13 del Decreto 196 de 1995 modificados por el Decreto 2370 de 1997, se estableció que dentro de los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los aportes de la entidad territorial o establecimiento público oficial equivalente al 8% mensual liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes y el equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes, los cuales están sometidos a giros periódicos, así:

> *"(...) Artículo 5º. El artículo 13 del Decreto 196 de 1995, quedará así:*
>
> *"Artículo 13. Giros periódicos. Las sumas correspondientes a los aportes de las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales, establecidas en los numerales 3 y 4 del artículo 12 del presente Decreto, por concepto de prestaciones sociales del personal docente vinculado con cargo al situado fiscal, continuarán siendo giradas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de conformidad con el artículo 19 de la Ley 60 de 1993, discriminado por entidad territorial, establecimiento público oficial y tipo de vinculación de acuerdo con el Programa Anual de Caja PAC y sus modificaciones, para el cual se tomará en cuenta la información suministrada por el Ministerio de Educación Nacional, que sirve de base para la elaboración del presupuesto de la correspondiente vigencia, sustentada en los reportes que para el efecto deba suministrar cada entidad territorial. El Ministerio de Educación Nacional determinará el procedimiento para obtener dicha información y definirá el cruce de ésta con la entidad fiduciaria administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio, con el fin de que se le pueda dar cumplimiento al artículo 12 del presente Decreto.*
>
> *En virtud de los convenios interadministrativos para la afiliación de los docentes financiados con recursos propios que se celebren para el efecto y con 1 olmo de garantizar el pago de los aportes a que se refieren los numerales 3, 4 y 7 del artículo 12 del presente Decreto con cargo a las participaciones del municipio en los ingresos corrientes de la Nación, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público efectuará directamente el giro correspondiente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, discriminado, por entidad territorial de acuerdo con el Programa Anual de Caja PAC y sus modificaciones, para el cual se tomará en cuenta la información del Ministerio de Educación Nacional, basado en el reporte que deberán suministrar las entidades territoriales, para lo cual el Ministerio, de Educación Nacional definirá el procedimiento respectivo.*
>
> *Los establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos a su cargo determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 del presente Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto serán igualmente girados de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y el establecimiento público oficial". (...)"*

Por su parte el artículo 3° del Decreto 2019 de 2000 *"(...) por el cual se dictan normas para la administración de los recursos de Seguridad Social en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (...)*", estableció el giro periódico de los recursos así:

> *"(…) Artículo 3º. Giros periódicos. Con el objeto de garantizar el pago de los aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, establecidos en los numerales 1, 3 y 4 del artículo 12 del Decreto 196 de 1995, en virtud de los convenios interadministrativos suscritos para la afiliación de los docentes financiados con cargo a las participaciones de los Municipios y Distritos en los ingresos corrientes de la Nación, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General del Tesoro Nacional, previa autorización de la respectiva entidad territorial, girará dichos aportes directamente a la entidad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, para lo cual tomará en cuenta la información suministrada por el Ministerio de Educación Nacional, con base en los reportes que para el efecto deberán aportar las Entidades Territoriales.*
>
> *Parágrafo. El administrador fiduciario expedirá, con destino a cada entidad territorial, dentro de los 5 días contados a partir del recibo de los recursos, la certificación del valor descontado.*

Así mismo, en la Ley 715 de 2011 que estableció el sistema general de participaciones determinó, respecto de los docentes lo siguiente:

> ***"(…) Artículo 36. incorporación de costos al sistema general de participaciones para educación.*** *La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo 357 de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.*
>
> *Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones (…)"*

De igual forma, en el Decreto 3752 de 2003[21], se estableció que la transferencia de los recursos al Fondo *Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*, se descontaría directamente de los recursos de la participación para la educación del sistema general de participaciones.

De las normas, señaladas anteriormente es claro que los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se rigen por el principio de unidad de caja la cual conforme lo dispuesto en el Decreto 111 de 1996[22], consiste en que con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atiende el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación, los cuales provienen de un fondo común y no mediante cuentas individuales por cada docente.

En virtud del principio de unidad de caja por la manera en que se transfieren los recursos al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se observa que mediante el Acuerdo 39 de 1998[23], expedido por el Consejo Directivo del referido fondo, determina que las entidades territoriales deben liquidar de forma anual las cesantías de los docentes y realizar la remisión de las liquidaciones al Fondo para que este realice los pagos de los intereses.

---

[21] *"(…) 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 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones. (…)"*

[22] *"(…) Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto" (…)"*

[23] Aportado por el Fonpremag en su contestación de demanda documento #7 del expediente.

2.4 Aplicabilidad de la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales

Como sucedía con la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, que en su artículo 13 excluye de su aplicación al personal docente, esta jurisdicción sostenía la tesis de la inaplicabilidad de la Ley 50 de 1990[24], para el personal del magisterio destinatario de las previsiones contenidas en la Ley 91 de 1989, atendiendo la especialidad de su régimen.

Lo anterior, fundamentado, entre otras cosas, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, específicamente lo dispuesto en la sentencia C-928 de 2006, en la cual dicha Corporación encontró que no existía vulneración al derecho a la igualdad del personal del magisterio frente a los destinatarios de la Ley 50 de 1990, entre otras cosas, por la especialidad del régimen prestacional de los primeros y la manera en que se diseñó el funcionamiento del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, señalando al respecto lo siguiente:

> *"(…) De igual manera, la ley dispone que los fondos de cesantías serán administrados por unas sociedades especializadas, cuya rentabilidad no podrá ser inferior a la tasa promedio de captación de bancos y corporaciones financieras para la expedición de certificados de depósito a término con un plazo de noventa (90) días (DTF), la cual será certificada para cada período por el Banco de la República.*
>
> ***En otras palabras, a partir de 1990 se diseñó en Colombia un mecanismo para administrar las cesantías de los trabajadores, como un concepto de administración financiera y no de disponibilidad inmediata de recursos, en el cual se debe promover una racional y amplia distribución de portafolios en papeles e inversiones a largo plazo, en los términos del artículo 101 de la Ley 100 de 1993****, es decir, se autorizó la constitución de unos fondos de cesantías, bajo la figura del patrimonio autónomo, a cargo de sociedades especializadas, cuyo fin es asegurar una rentabilidad mínima a sus afiliados, la cual es determinada por el Gobierno Nacional con base en el comportamiento del mercado público de valores, con el propósito de mantener el poder adquisitivo de las mismas.*
>
> ***Por el contrario, el sistema especial de los docentes para la administración y pago de sus cesantías resulta ser completamente distinto. En efecto, como ya se ha explicado, desde 1989 se constituyó el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, entidad encargada de administrar y pagar las cesantías de los docentes.***
>
> *En tal sentido, el artículo 15, numeral 3 de la Ley 91 de 1989 dispone que el Fondo 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 se ha modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario, sobre el salario promedio del último mes. De igual manera, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la suma que resulte de 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. En otras palabras, contrario a lo sostenido por el demandante, el Fondo sí reconoce y paga intereses sobre las cesantías; lo que sucede es que la forma de realizar dicho cálculo y pago no es igual al establecido en la Ley 50 de 1990. (…)*

[24] Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P., Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 27 de julio de 2017, proferida dentro del expediente 76001233100020090086701 (la cual fue dejada sin efectos por la Corte Constitucional no obstante fija la línea que hasta ese momento tenía el Consejo de Estado); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P., Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 14 de junio de 2018, proferida dentro del expediente 08001233300020130083101 (3583-2015)

En este orden de ideas, el cargo por vulneración del derecho a la igualdad no está llamado a prosperar por la sencilla razón de que, no sólo se trata de un régimen especial, que comprende aspectos prestacionales (cesantías y vacaciones) y de seguridad social (pensiones y salud), basado en sus propias reglas, principios e instituciones, sino que además no existe el alegado impago de los intereses a las cesantías; lo que sucede es que, simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna. (…)"

No obstante, la misma Corte Constitucional en la sentencia SU-098 de 2018, determinó la posibilidad de aplicar la Ley 50 de 1990 a un docente que no había sido afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud del principio de favorabilidad, así:

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

Adicionalmente, cabe anotar que, como quedó visto, ***una interpretación restrictiva de la aplicación de la sanción moratoria incurriría en un trato desigual de los docentes frente a otros trabajadores del Estado que gozan de la sanción como garantía de la prestación. Esta distinción viola el derecho a la igualdad toda vez que los docentes tendrían un derecho limitado por tener una categoría específica dentro de los trabajadores estatales, lo cual no constituye un motivo valido en sí mismo para negar su acceso.***
(…)

Como se advirtió, los docentes se encuentran en la categoría de los empleados públicos y no existe razón que justifique que en su calidad de trabajadores no tengan derecho, de la misma forma que los demás servidores públicos, a que sus prestaciones sociales sean canceladas en tiempo. *Una interpretación contraria no protegería a estas personas en la misma forma que a otros servidores públicos, lo cual tendría como consecuencia la restricción de su posibilidad de gozar de la garantía del pago oportuno del auxilio de cesantías y, a su vez, de las protecciones ya mencionadas que se derivan de esa prestación.*
(…)

Sumado a lo anterior, ***el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que hipótesis como las que ahora se encuentran bajo estudio pueden desconocer el derecho a la igualdad.***
(…)
En este marco, la Sala advierte que en este caso no se presenta antinomias legales que puedan y deban resolverse a través del principio de especialidad, ya que no se trata de elegir la aplicación de una u otra normativa, pues lo que sucede es que la norma especial carece de regulación respecto a una figura jurídica que sí está presente en la norma general, por tanto, lo que se evidencia es un vacío. Es decir, la normativa que regula el régimen especial de docentes no reguló la materia de la sanción moratoria ni sustrajo o excluyó está figura jurídica que sí está regulada en la norma general, en consecuencia, no se trata de normas excluyentes que exigen aplicar una u otra sino de disposiciones que se complementan.

Bajo esta línea argumentativa es importante enfatizar que en este caso no se vulnera el principio de inescindibilidad o conglobamento, (…)

> *Esto es, no se elige parte de su contenido, pues no se aplican de manera fragmentada los contenidos normativos que más favorecen al trabajador con fundamento en distintas fuentes normativas, sino que como quedó expuesto, en el régimen especial hay una ausencia de regulación de la figura de la sanción moratoria por la* ***no consignación de cesantías (vacío normativo), mientras que el régimen general si la contempla. Así las cosas, se aplica de manera completa la norma especial, excepto en caso de vacío, en donde se aplica el régimen general.***
> *(…)*
>
> *De conformidad con todo lo expuesto,* ***en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG. (…).*** **(Destacado fuera de texto)**

En este punto se destaca que en lo señalado en la SU-098 de 2018, fue reiterado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-332 de 2019.

Posteriormente, en la sentencia SU-573 de 2019, la Corte Constitucional, conoció acerca de unas acciones de tutela en la que algunos docentes alegaban el desconocimiento del precedente fijado en la SU-098 de 2018, en lo referente al pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, determinando que lo decidido en la sentencia de 2018, se refirió a un caso de un docente cuyo vínculo había terminado, no había sido afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la sanción moratoria solicitada era por el no pago de las cesantías y no por el presunto pago no oportuno de las mismas, al respecto señaló:

> *"(…) 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.*

Criterios	***Sentencia SU-098 de 2018***	***Caso sub examine***
Vinculación	*Docente en* ***provisionalidad.***	*Docentes inscritos en el escalafón docente de carrera con nombramiento en* ***propiedad.***
Vigencia del vínculo laboral	***El vínculo del docente terminó****, dado que se acogió a lo dispuesto en el Decreto 1278 de 2002. Por tal razón, la Secretaría de Educación de este municipio expidió la Resolución N° 4143.3.21.5447 del 22 de octubre de 2007, por la cual reconoció el pago de las prestaciones sociales definitivas e informó que el pago se realizaría en el respectivo Fondo de Cesantías.*	*Actualmente,* ***los docentes se encuentran vinculados*** *con el Departamento del Atlántico y su vínculo laboral se ha mantenido vigente sin solución de continuidad*
Afiliación al FOMAG	*El docente* ***nunca fue afiliado*** *al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del*	*Los docentes* ***sí fueron afiliados*** *al FOMAG.*

	Magisterio (FOMAG) ni a otro fondo, por un error interno.	
Reclamación efectiva de pago de las cesantías	*Una vez culminó su relación laboral con el Municipio de Santiago de Cali,* ***al docente le reconocieron el pago de las prestaciones sociales, entre estas, las cesantías.***	*Los docentes* ***no reclamaron el pago efectivo de las cesantías de los años 2001, 2002 y 2003.*** *No obstante, sí solicitaron el pago de la sanción moratoria por no consignación de las cesantías por dicho periodo.*
Tipo de sanción moratoria reclamada	*El docente solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria* ***por la no consignación de las cesantías, los intereses a las cesantías ni los rendimientos.***	*Los docentes solicitaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria* ***por la no consignación oportuna de las cesantías.***

(…)"

De igual forma, se observa que mediante la sentencia SU-041 de 2020, en la que se estudió acerca de los derechos de petición para el reconocimiento de las cesantías docentes y la falta de respuesta oportuna a los mismos, la Corte Constitucional determinó que las sentencias SU-098 de 2018 y SU-332 de 2019, no tuvieron efectos inter comunis.

Ahora bien, se observa que el Consejo de Estado, Sección Segunda, ha aplicado el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU-098 de 2018, en casos donde los docentes no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el momento en que se generó la mora o se habían afiliado tardíamente a dicho fondo, por ejemplo: i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P., Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia proferida el 10 de julio de 2020 dentro del expediente identificado con el número único de radicación 08001233300020140020801; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P., Dr. William Hernández Gómez sentencia de 12 de noviembre de 2020 proferida dentro del expediente identificado con el número único de radicación 08001233300020140013201; iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P., Dr. Gabriel Valbuena Hernández sentencia proferida el 20 de enero de 2022 dentro del expediente identificado con el número único de radicación 08001233300020170093101.

Así mismo, en este punto es importante resaltar que la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-022-2020 de 6 de agosto de 2020 proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, que se alega como desconocida en la demanda si bien se refirió a la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, el análisis correspondió a una empleada nombrada como secretaria de salud municipal de Sabanagrande, Atlántico y no a un docente. Lo anterior, da cuenta de la inexistencia de un criterio unificado por parte del Consejo de Estado respecto del asunto sub examine.

3.- Caso Concreto

3.1 De la configuración del silencio administrativo negativo

Teniendo en cuenta que la demandante acreditó haber radicado una petición

ante la entidad demandada el 30 de julio de 2021[25], en la cual solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por el no pago oportuno de sus cesantías y la indemnización por el no pago oportuno de los intereses a las cesantías prevista en la Ley 52 de 1975, sin que exista en el expediente constancia de la expedición y notificación de un acto administrativo que resolviera dicha solicitud, de conformidad con lo previsto en el artículo 83 del C.P.A.C.A que establece que *"(...) Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa (...)"*, se declarará la existencia del acto administrativo ficto o presunto de carácter negativo a partir del 30 de octubre de 2021, por el silencio administrativo negativo en que incurrió la entidad demandada por la falta de respuesta a la mencionada petición.

Así las cosas, se procederá a analizar la legalidad del acto administrativo acusado.

3.2 Del reconocimiento de la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990

No es motivo de discusión que la demandante **Gina Irlanda Quintero Quiñones,** es una docente oficial vinculada a partir del año 1993, afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio[26], en adelante, Fonpremag, razón por la cual se establece que su régimen de cesantías es el anualizado por cuanto su vinculación tuvo lugar con posterioridad al 1° de enero de 1990.

Así mismo, se verifica que la demandante solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, al considerar que no le fue consignado el valor de las cesantías del año 2020 con anterioridad al 15 de febrero de 2021, lo cual señala es plenamente aplicable atendiendo a los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, que extendieron dicha sanción al caso de los docentes oficiales.

Por su parte, tanto el Ministerio de Educación- Fonpremag como la Secretaría de Educación Distrital, sostienen que no han incurrido en mora por cuanto los recursos correspondientes a las cesantías de la docente para la anualidad reclamada fueron girados con anterioridad al citado fondo, en virtud de lo dispuesto en las normas especiales de liquidación y pago de las cesantías docentes, las cuales aducen no contemplan la consignación a una cuenta individual de cada docente en una fecha determinada.

Al respecto observa el Despacho que la aplicación de la sanción moratoria establecida en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, tiene como requisito esencial la existencia de una cuenta individual a la que deben ser consignadas las cesantías a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que este elija.

Por lo anterior, en virtud de las especiales características del régimen de cesantías de los docentes oficiales, encuentra el Despacho que no es posible reconocer la aludida sanción moratoria, comoquiera que en virtud de la afiliación de la

[25] Folios 63 a 64 del documento #1 del expediente digital.
[26] Folio 75 del documento #1 del expediente digital

demandante al Fonpremag, los recursos dispuestos para el pago de sus cesantías son manejados bajo el concepto de unidad de caja atendiendo a que son entregados al fondo de manera previa mediante apropiación presupuestal y son destinados a cubrir las prestaciones económicas del personal docente.

En ese sentido, se observa que para la vigencia 2020 el Ministerio de Hacienda expidió el Decreto 2411 de 2019[27], en el que fijó los cómputos del presupuesto de rentas y recursos de capital de tesoro de la nación en la suma de *"(...) DOSCIENTOS SETENTA Y UN BILLONES SETECIENTOS TRECE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS ONCE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y UN PESOS MONEDA LEGAL (...)"*, del cual le fueron asignados los recursos al Ministerio de Educación Nacional, cartera ministerial que mediante la Resolución 001 de 2 de enero de 2020[28], desagregó y asignó el presupuesto, entre otras cosas para la cancelación de prestaciones sociales del Magisterio.

Así mismo, para la vigencia 2021 el Ministerio de Hacienda expidió el Decreto 1805 de 2020[29] en el que fijó los cómputos del presupuesto de rentas y recursos de capital de tesoro de la nación en la suma de *"(...) TRESCIENTOS TRECE BILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL CATORCE MILLONES CUARENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS MONEDA LEGAL(...)"* , de cual fueron asignados recursos al Ministerio de Educación Nacional, cartera ministerial que mediante la Resolución 001 de 4 de enero de 2021[30], desagregó y asignó el presupuesto, entre otras cosas para la cancelación de prestaciones sociales del Magisterio.

Ahora bien, en razón de la manera en que ingresan los recursos al Fonpremag, y el manejo de los mismos, observa el Despacho que el Consejo Directivo de dicho fondo, expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se determinó el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías y así mismo, estableció que corresponde a las entidades territoriales la liquidación anual de las cesantías para que una vez analizadas por el Fondo pudiera ser programado el pago de los intereses a las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en sentencia del 7 de septiembre de 2018, proferida dentro del proceso 08001233300020140007901, sentencia que valga decir fue objeto de tutela y la Corte Constitucional en la sentencia SU-573 de 2019 determinó que no tenía identidad fáctica con la SU-098 de 2018, indicó:

> *"(...) De acuerdo con los elementos probatorios que obran dentro del expediente, se establece que el régimen de liquidación de cesantías que regula la situación jurídica de la actora es el contemplado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, puesto*

---

[27] *"(…) Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2020, de detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos (…)"*
[28] *"(…)Por la cual se efectúa la desagregación y asignaciones del presupuesto de Gastos de funcionamiento e inversión de acuerdo con el anexo detallado del Decreto 2411 del 30 de diciembre de 2019, mediante el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal 2020 (…)"* consultada en línea: https://www.mineducacion.gov.co/1759/articles-365696_recurso_11.pdf
[29] *"(…) Por el cual se líquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2021, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos (…)"*
[30] *"(…)Por la cual se efectúa la desagregación y asignaciones del presupuesto de Gastos de funcionamiento e inversión de acuerdo con el anexo detallado del Decreto 1805 del 31 de diciembre de 2021, mediante el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal 2021 (…)"* consultada en línea: https://www.mineducacion.gov.co/1759/articles-365696_recurso_16.pdf

> *que, en primer lugar, se vinculó con posterioridad al 1 de enero de 1990 y en segundo, del extracto individual se evidencia, que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció a la demandante un interés equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante cada período (anual) certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia , sobre el ahorro o el* ***acumulado de cesantías a 31 de diciembre de cada anualidad****, cuyos valores fueron pagados a través de la entidad Banco Popular.*
>
> *48. Lo anterior, difiere sustancialmente del manejo de la prestación social administrada a través de los fondos privados creados a través de la Ley 50 de 1990, en cuyo artículo 99 si bien establece la obligación a 31 de diciembre de efectuar la liquidación por la anualidad o la fracción correspondiente, solo sobre esa fracción se causan a favor del trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales, y* ***no sobre el acumulado total que por concepto de la prestación social le pertenezaca al empleado,*** *lo cual le permite a la Subsección concluir que uno y otro régimen no pueden ser equiparables en razón a sus carácterísticas y beneficios dísimiles para sus afiliados, que se origina inclusive de la naturaleza jurídica y finalidad del legislador al crear el FOMAG como una cuenta especial para atender las prestaciones sociales de todos los docentes que prestan sus servicios al Estado, frente los fondos establecidos como instituciones financieras, cuyo objeto es administrar y manejar los recursos conformados por las cesantías de sus afiliados con una amplia gama de portafolios de inversión que se ajusta a los perfiles de riesgo de cada uno de ellos. (...)"* (Destacado del texto original)

Así las cosas, la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá debía realizar el reporte a las cesantías de la demandante en los tiempos establecidos para tal fin en concordancia con lo dispuesto en Acuerdo 39 de 1998 y en los términos del Comunicado núm. 008 de 11 de diciembre de 2020, que estableció el cronograma de actividades de nómina de intereses a las cesantías en el que se señaló que el recibo de reporte de cesantías era hasta el 5 de febrero de 2021, fecha que en todo caso es anterior al 15 de febrero de 2021.

Lo anterior se verifica del extracto de intereses a las cesantías aportado junto con la demanda visible a folio 75 del documento #1 del expediente digital, en el que se observa que las cesantías correspondientes al año 2020, tuvieron un valor de $5.150.033, siendo pagados igualmente los respectivos intereses en un monto de $1.310.606.

De esta manera, no encuentra el Despacho que se hubiera generado la aludida sanción moratoria, comoquiera que en el caso de la demandante en virtud de su afiliación al Fonpremag no era exigible a la demandada la consignación de las cesantías a una cuenta individual y en observancia de la especial normativa que regula el reconocimiento y pago de la mencionada prestación para los docentes oficiales, realizó la respectiva apropiación presupuestal sin que se encuentra probado en el expediente la indisponibilidad de los recursos correspondientes para el pago de las cesantías de la docente accionante.

Al respecto advierte el Despacho que las sentencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado señaladas en la demanda como desconocidas, cuentan con un elemento diferenciador, respecto del caso concreto, esto es, la afiliación al Fonpremag, lo cual cobra relevancia comoquiera que al no existir la aludida afiliación para el momento en que se solicitaba la sanción moratoria, se determinó que era procedente acceder a la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990 para el personal docente, no obstante, una vez se da la vinculación al fondo

deben observarse las normas que regulan el reconocimiento y pago de las cesantías, las cuales no prevén la consignación en una cuenta individual, sino la apropiación de recursos que garanticen el pago de las prestaciones dentro de un fondo común administrado bajo el principio de unidad de caja.

Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptara que la sentencia SU-098 de 2018, pese a referirse a una situación distinta a la aquí analizada, fuera plenamente aplicable al caso concreto, igualmente se observa que en la misma se determinó por parte de la Corte Constitucional, que la Ley 50 de 1990 no era excluyente respecto de las normas que regulan el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes vinculados al Fonpremag, comoquiera que en estas últimas no estaba contemplada la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías. Así las cosas, en el caso concreto, bajo los parámetros normativos que regulan el reconocimiento y pago de las cesantías a los docentes oficiales afiliados al Fonpremag, no se encuentra tampoco probada la causación de la aludida mora, dado que, la disponibilidad de los recursos correspondientes a las cesantías se dio en virtud de la asignación presupuestal del sistema general de participaciones, con destino al fondo o cuenta común.

Por lo anterior, no es posible acceder a las pretensiones de la demandante respecto del pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

3.3 Del reconocimiento y pago de la sanción por el pago tardío de intereses que dispone la Ley 52 de 1975

La Ley 52 de 1975 *"(...) Por la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares (...)***", regula los intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares**, determinando que los patronos obligados a pagar las cesantías a sus trabajadores debían reconocer y pagar el 12% anual sobre los saldos que tuviera el trabajador a su favor y así mismo, establece a título de indemnización un pago por el no pago en el mes de enero del año siguiente, cuestión que de entrada denota la imposibilidad de su aplicación al caso de la demandante en su condición de docente oficial.

Así mismo, se observa que en el caso de los docentes oficiales el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, estableció el reconocimiento de un interés anual a las cesantías al 31 de diciembre de cada año así:

> *"(...) 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 1o. 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 de 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, acumuladas 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. (...)"*

Por su parte el Acuerdo 39 de 1998, establece en su artículo 4° que el pago de los mencionados intereses se realizará de la siguiente manera: "(…) *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio* ***realizará el pago de los intereses en el mes de marzo****, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el cinco (5) de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el seis (6) de febrero y hasta el quince (15) de marzo de cada año. 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 (...)"* (Destacado fuera de texto)

Ahora bien, del extracto de cesantías aportado en la demanda se observa que a la demandante le fueron consignados el 27 de marzo de 2021, mientras que el pago fue efectuado el 31 de marzo de la misma anualidad lo cual evidencia que se realizaron dentro de las fechas dispuestas para tal fin en el Acuerdo 39 de 1998, y así mismo, la fecha de pago demuestra que la información de la docente fue remitida el 5 de febrero de 2021, comoquiera que si se hubiera remitido con posterioridad el pago de los intereses se hubieran realizado en el mes de mayo o hubiera sido reprogramado su pago situación que no ocurrió.

De otra parte, debe resaltarse que en la sentencia SU-098 de 2018 no se observa que la aplicabilidad de la Ley 52 de 1975, en el caso de los docentes, hubiera sido analizada, no obstante, en dicha providencia la Corte Constitucional estimó que ante la falta de regulación en la norma especial procedía aplicar el régimen general, cuestión que no tiene lugar, como quiera que en el caso del Fonpremag existe **normativa especial** respecto del reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías.

Por lo anterior, tampoco es procedente acceder a la pretensión referente al reconocimiento de la indemnización por el no pago oportuno de los intereses a las cesantías conforme lo dispuesto en la Ley 52 de 1975.

En esas condiciones, prosperan las excepciones de mérito denominadas "*inexistencia de la obligación"*, propuestas por las demandadas, y, en consecuencia, atendiendo a que la demandante no desvirtuó la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo acusado, el Despacho desestimará las pretensiones de la demanda.

4. Costas

Finalmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, en la medida que no se observó una conducta dilatoria o de mala fe y además, porque no se encuentran demostradas en los términos del artículo 365 numeral 8º del C.G. del P.

Bajo las consideraciones que anteceden, **el Juzgado Veintiocho Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

FALLA:

PRIMERO: **Declarar probadas las excepciones de mérito** denominadas *"inexistencia de la obligación"*, propuestas por las demandadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: **Declarar la existencia** del acto ficto o presunto negativo originado por la falta de respuesta de la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** y la **Secretaria de Educación de Bogotá,** a la petición presentada por la demandante el 30 de julio de 2021.

TERCERO: **NEGAR** las pretensiones de la demanda, por los motivos esgrimidos en la esta providencia.

CUARTO: No condenar en costas a la demandante de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de la providencia.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MÓNICA LORENA SÁNCHEZ ROMERO
JUEZ

Firmado Por:
Monica Lorena Sanchez Romero
Juez
Juzgado Administrativo
028
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: **766d7474863238096f045a4552bc1af14cb1ed511bcec70496acf9a4d64cf492**
Documento generado en 18/05/2023 05:17:05 PM

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