



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Auto Int. No. 494	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-050-2023-00277-00
Demandante:	KARHOL AMALIA SERRANO SÁNCHEZ
Demandado:	NACIÓN-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-UNIDAD DE CARRERA JUDICIAL
Decisión:	Auto manifiesta impedimento

Sería del caso proveer sobre la admisión de la demanda, de no ser porque se advierte la configuración de una causal de impedimento conforme las siguientes precisiones.

ANTECEDENTES

Observa el despacho que la presente demanda fue instaurada en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por la señora KARHOL AMALIA SERRANO SÁNCHEZ , identificada con C.C. 1.098.637.327, por intermedio de apoderado, en contra de la NACIÓN-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE CARRERA JUDICIAL, con el fin de que declare la nulidad de las Resoluciones Nos. CJR 22-0351 del 1º de setiembre de 2022 y CJR23-0028 del 16 de enero de 2023, por medio de las cuales, respectivamente, se publicaron los resultados finales obtenidos en la prueba de aptitudes y conocimiento en desarrollo del concurso de mérito para la conformación del Registro Nacional de Elegibles para los cargos funcionarios de la Rama Judicial, mediante el acuerdo PCSJA18-11077 de 2018 y, se confirmó el acto administrativo primigenio (archivo 2, págs. 3 y 4 expediente digital).

CONSIDERACIONES

El numeral 1 del Artículo 131 de la Ley 1437 de 2011 estipula que: *“El juez administrativo en quien concurra alguna de las causales de que trata el artículo anterior deberá declararse impedido cuando advierta su existencia, expresando los hechos en que se fundamenta, en escrito dirigido al juez que le siga en turno para que resuelva de plano si es o no fundado y, de aceptarla, asumirá el conocimiento del asunto; si no, lo devolverá para que aquel continúe con el trámite (...)”*

Por su parte, el numeral 1 del Artículo 141 del C.G.P., aplicable por remisión del Artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, consagra que: *“Son causales de recusación las siguientes: 1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.”*.

Así las cosas, se advierte que las pretensiones de la presente demanda van encaminadas a cuestionar las actuaciones administrativas de la Unidad de Administración de Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura en el marco de la Convocatoria 27, en virtud de la expedición de la Resolución No. CJR22-0351 del 1º de septiembre de 2022 -confirmada por la Resolución No. CJR23-0028 del 16 de enero de 2023- que resolvió (archivo 2, págs. 93 y ss., expediente digital):

“ARTÍCULO 1.º Publicar en orden numérico de cédula de ciudadanía, los resultados finales obtenidos por los aspirantes en la prueba de aptitudes y conocimientos en desarrollo del concurso de méritos para la conformación del Registro Nacional de Elegibles para los cargos de Funcionarios de la Rama Judicial, convocado mediante el Acuerdo PCSJA18-11077 de 2018, así:

VER LISTADO ANEXO

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ARTÍCULO 2.º En los términos del numeral 4.1 del Acuerdo PCSJA18-11077 de 2018, quienes, de conformidad con la relación de que trata el artículo primero de esta Resolución, obtengan un puntaje igual o superior a ochocientos (800) puntos, continuarán en la fase II del concurso en la cual se verificará el cumplimiento de los requisitos mínimos.”

En ese orden de ideas, la decisión del problema jurídico aquí planteado conlleva a la configuración de una causal de impedimento, como quiera que este funcionario actualmente es participante activo en la Convocatoria 27 por haber superado la respectiva prueba de aptitudes y conocimientos, razón por la cual la eventual nulidad de los actos administrativos demandados afecta directamente el interés particular del suscrito dentro del proceso para conformar los registros de elegibles de los cargos de funcionarios del sistema de carrera judicial.

Así las cosas, de conformidad con lo regulado en el Artículo 131 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo previsto en el numeral 1 del Artículo 141 del C.G.P., el despacho procederá a declarar el impedimento en el presente asunto y a remitir las presentes diligencias al juez que sigue turno, esto es, a la señora jueza 52 administrativa del circuito judicial de Bogotá, para su conocimiento y el trámite que corresponda.

En consecuencia, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR que en el juez titular de este despacho judicial concurre la causal de impedimento prevista en el numeral 1 del Artículo 141 del C.G.P., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO.- REMITIR las presentes diligencias al Juzgado 52 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, conforme lo manifestado en la parte considerativa de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

DVP

adaho@hotmail.com
socdavidabogados@hotmail.com
karholserrano@yahoo.co

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **f7a8c4daa24354709db55cb3e20e639c4e7e8ad4090722903fd052b0ceab417e**

Documento generado en 27/09/2023 08:35:44 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Auto Sust. No. 600	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2020-00380-00
Demandante:	LEONARDO BAEZ BASTO
Demandado:	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL
Decisión:	Auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior

Observa el despacho que el expediente de la referencia proviene de la Subsección “ C” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el Oficio de fecha 15 de septiembre de 2023 (archivo 57 expediente digital).

Por otro lado, se evidencia la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 2 de agosto de 2023 (archivo 55 expediente digital), que resolvió confirmar la sentencia proferida el 3 de noviembre de 2022 por este despacho judicial (archivo 42 expediente digital).

De esa forma, este despacho procederá a obedecer y cumplir lo dispuesto por la Subsección “C” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, M.P. CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL, en providencia del 2 de agosto de 2023.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

RESUELVE:

PRIMERO.- OBEDÉZCASE Y CÚMPLASE lo dispuesto por la Subsección “C” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, M.P. CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL, en providencia del 2 de agosto de 2023.

SEGUNDO.- Ejecutoriada la presente decisión, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

DVP

info@ostosvaquiro.com
juancarlosostoscepeda@gmail.com
leonardobaez1802@gmail.com
notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co
sac@buzonejercito.mil.co
ceju@buzonejercito.mil.co
rosa.pineda@buzonejercito.mil.co
roespi79@hotmail.com

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **8cb5b6e5686d911d04bdf2e95713e60d18bf4d730fc4d29febe07ee13fb3c032**

Documento generado en 27/09/2023 08:35:45 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA No. 227	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Expediente:	11001-3342-051-2021-0356-00
Demandante:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
Demandado:	MARIELA ROLDAN CAICEDO
Decisión:	Sentencia que accede parcialmente a las pretensiones de la demanda
Tema:	Reconocimiento sustitución pensional cónyuge

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar SENTENCIA ANTICIPADA de PRIMERA INSTANCIA dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, contra la señora Mariela Roldan Caicedo, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 41.581.727.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 1 a 15, archivo 2 expediente digital):

La parte demandante solicitó la nulidad de la Resolución No. SUB 280377 del 5 de diciembre de 2017, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una sustitución pensional a la señora Mariela Roldán Caicedo, con ocasión al fallecimiento del señor Jorge Eliecer Neira Mora, por ser contraria a derecho.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la demandada a: i) reintegrar las sumas recibidas por concepto de mesadas pagadas, retroactivos y pagos de salud con ocasión del reconocimiento irregular de la sustitución pensional, a partir de la fecha de inclusión en nómina de pensionados hasta que se declare la nulidad de la Resolución SUB 280377 del 5 de diciembre de 2017; ii) indexar de las sumas reconocidas y el pago de intereses a que hubiese lugar, así como la compensación de las sumas pagadas por concepto del otorgamiento de cualquier prestación económica, con las que deba o adeude a la demandante; y iii) se condene en costas a la demandada.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, la apoderada de la parte actora manifestó que el señor Jorge Eliecer Neira Mora ostentaba la calidad de beneficiario de una pensión de invalidez y falleció el 8 de junio de 2017, por lo que Colpensiones, mediante la Resolución No. SUB 280377 del 5 de diciembre de 2017, reconoció y ordenó el pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Mariela Roldán Caicedo.

Indicó que el 19 de marzo de 2019 recibió un reporte a través de la Línea de Integridad de Transparencia de esa entidad en el que se informó la existencia de posibles hechos de fraude y/o corrupción en el reconocimiento de una sustitución pensional a favor de la señora Mariela Roldán Caicedo.

Por lo anterior, señaló que Colpensiones inició una investigación administrativa en la que se concluyó que:

“NO SE ACREDITÓ el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Mariela Roldan Caicedo, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa. En el análisis de las entrevistas realizadas, las pruebas documentales recopiladas y las labores de campo, se logró establecer que el señor Jorge Eliécer Neira Mora y la señora Mariela Roldán Caicedo convivieron bajo el mismo techo y fueron cónyuges durante 18 años, desde el año 1974 (no sabe el día y el mes) hasta el año 1992 (no sabe el día y el mes), fecha en la que se separan de cuerpos definitivamente. La solicitante

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

afirma que desde el mes de diciembre de 2012 y hasta el 08 de junio de 2017, solo visitaba al causante con frecuencia para atenderlo debido a su estado de salud. Por lo anterior, no se acredita la solicitud. “De acuerdo al material probatorio recaudo y el informe emitido por COSINTE, se logró determinar que las declaraciones extra juicio presentadas por la señor(a) MARIELA ROLDAN CAICEDO en calidad de beneficiario(a) y los testigos ALBA TULIA MORENO MONCAYO, ROSA RINCON DE RINCON carecen de veracidad, toda vez que quedo probado que los señores(as) MARIELA ROLDAN CAICEDO no convivió con el(a) causante JORGE ELIECER NEIRA MORA los últimos 5 años antes de su fallecimiento y por ello no tendría derecho a la prestación. De acuerdo al material probatorio recaudo y el informe emitido por COSINTE, se logró determinar que las declaraciones extra juicio presentadas por la señor(a) un segundo solicitante OLGA MARULANDA SANCHEZ y los testigos NELLY GLORIA RAMOS GUERRERO y FLORESMIRO RINCON carecen de veracidad, toda vez que quedo probado que el señores(as) OLGA MARULANDA SANCHEZ no convivió con el(a) causante JORGE ELIECER NEIRA MORA los últimos 5 años antes de su fallecimiento y por ello no tendría derecho a la prestación”.

Sostuvo que, con Auto de Cierre No. GPF-0899-20 del 6 de octubre de 2020, proferido dentro de la Investigación Administrativa Especial No. 226-20, se concluyó que presuntamente había fraude en el reconocimiento de la prestación a favor de la señora Mariela Roldán Caicedo, toda vez que de las verificaciones adelantadas se infiere que se presentaron declaraciones falsas, comoquiera que en estas se indicaba que la ciudadana había convivido de manera permanente e ininterrumpida con el señor Jorge Eliecer Neira Mora durante los 5 años anteriores a su fallecimiento.

Relató que, con base en el anterior auto, mediante Resolución No. SUB 21035 del 29 de enero de 2021, Colpensiones resolvió revocar en todas y cada una de sus partes la Resolución No. SUB 280377 del 5 de diciembre de 2017.

Manifestó que, con la Resolución No. SUB 196276 del 20 de agosto de 2021, Colpensiones informó que el valor girado a favor de la señora Mariela Roldán Caicedo a título de mesadas, retroactivo, aportes a salud, con ocasión del reconocimiento de la sustitución pensional asciende a la suma de \$46.343.955, respecto del periodo comprendido entre el 1º de julio 2017 y el 30 junio 2021.

2.3. NORMAS VIOLADAS

- Constitución Política: Artículo 48.
- Ley 100 de 1993: Artículo 47.
- Ley 797 de 2003: Artículo 13.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Señaló que el acto administrativo demandado no se ajusta a los preceptos legales que consagran o regulan la materia objeto de debate, por lo tanto, el reconocimiento y/o pago de la prestación económica vulnera de forma directa la Constitución y la Ley.

Hizo referencia a las normas que considera violadas, al procedimiento administrativo efectuado por la entidad que concluyó en la revocatoria del acto demandado. Lo anterior, teniendo en cuenta que el reconocimiento de la sustitución pensional se efectuó con información irregular, lo cual se pudo verificar en la investigación administrativa especial que adelantó la entidad y que concluyó en que la señora Mariela Roldán Caicedo no tendría derecho a la prestación reconocida.

Señaló que la demandada no cumple los requisitos para el reconocimiento de la sustitución pensional y el reconocimiento efectuado fue por un presunto hecho de fraude ya que no existió convivencia con el señor Jorge Eliecer Neira Mora los últimos cinco años de vida de este.

Adujo que la Ley 797 de 2003 consagró de manera especial la posibilidad de revocatoria de pensiones reconocidas irregularmente. Adicionalmente, hizo mención de la Sentencia SU 182 de 2019 de la Corte Constitucional en la que se indicó que las entidades que administran pensiones si pueden revocar sus decisiones cuando se encuentren ante situaciones irregulares o ilegales sobre las cuales se efectuó el reconocimiento pensional.

Sostuvo que Colpensiones, al expedir el acto administrativo demandado, lo realizó bajo una situación indebida, con fundamento en información incluida de forma irregular, en el cual esa entidad reconoció un derecho prestacional bajo el principio de buena fe contemplado en el

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Artículo 83 de la Constitución Nacional.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida mediante auto del 2 de mayo de 2022 (archivo 9 expediente digital), en el que se ordenó la notificación personal a la demandada como lo dispone el Artículo 200 del C.P.A.C.A., el cual remite de manera expresa a los Artículos 291 y 292 del C.G.P. Luego, se advirtió que la citación remitida a la demandada fue devuelta, por lo que, en auto del 4 de agosto de 2022 (archivo 15 expediente digital), se ordenó el emplazamiento de aquella. Posteriormente, se designó curadora ad litem (archivo 20 expediente digital), quien presentó escrito de contestación de forma extemporánea.

2.6. DECRETO DE PRUEBAS, FIJACIÓN DEL LITIGIO Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio del Auto Interlocutorio No. 351 del 27 de julio de 2023 (archivo 33 expediente digital), el despacho tuvo como pruebas los documentos aportados en la demanda, fijó el litigio del presente asunto y dispuso correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para presentar escrito de alegaciones finales.

Alegatos de la parte actora (archivo 35 expediente digital): insistió en las mismas razones expuestas en el escrito de demanda. Sostuvo que en el presente caso no se reúnen las condiciones legales para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, razón por la cual existe violación directa a la Ley, pues el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con ocasión a la muerte de Jorge Eliecer Neira Mora, se fundamentó en falsas declaraciones juramentadas de convivencia, lo cual se desvirtuó con la investigación administrativa llevada a cabo.

Alegatos de la parte demandada: No presentó alegatos de conclusión.

III. CONSIDERACIONES

3.1. CUESTIÓN PREVIA

De la documental aportada con la demanda, se advierte que el acto demandado fue objeto de revocatoria directa por parte de Colpensiones mediante Resolución No. SUB 21035 del 29 de enero de 2021 (págs. 40 a 55, archivo 7 expediente digital), la cual surtió efectos hacia el futuro. En tal sentido, la Resolución No. SUB 280377 del 5 de diciembre de 2017 sí tuvo consecuencias jurídicas en el periodo en que estuvo vigente (2017 a 2021). Por lo anterior, es posible analizar la legalidad del acto demandado por el tiempo en que estuvo vigente y se procederá a resolver de fondo el asunto.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se circunscribe a determinar si corresponde declarar la nulidad de la Resolución No. SUB 280377 del 5 de diciembre de 2017, por medio de la cual se reconoció la pensión de sobrevivientes a la señora Mariela Roldán Caicedo, con ocasión al fallecimiento del señor Jorge Eliecer Neira Mora (págs. 7 a 13, archivo 7 expediente digital), por el tiempo en que estuvo vigente, al considerar que se reconoció dicha prestación de manera irregular -con base en declaraciones extrajuicio viciadas, inconsistentes y que faltan a la verdad-. De demostrarse lo anterior, se deberá determinar si es procedente la devolución de lo pagado por las diferencias del reconocimiento efectuado.

3.3. DEL FONDO DEL ASUNTO

Para resolver el problema jurídico planteado, se efectuará en primera medida un recuento del material probatorio arrojado al plenario; posteriormente, se analizará la norma que consagra el derecho a la sustitución pensional o a la pensión de sobrevivientes y la jurisprudencia que se ha desarrollado en torno al tema, para finalmente aterrizarla al caso concreto.

3.3.1. Acervo probatorio

Del material probatorio arrojado al plenario, se destaca:

Por la parte demandante:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

1. Mediante Resolución No. GNR 380661 del 28 de octubre de 2014, se reconoció una pensión de invalidez a favor del señor Jorge Eliécer Neira Mora (archivo “ADM19237571.1”, carpeta 07.1 expediente digital).
2. Resolución No. SUB 280377 del 5 de diciembre de 2017, por medio de la cual Colpensiones reconoció y ordenó el pago de sustitución pensional a la señora Mariela Roldán Caicedo con ocasión al fallecimiento del señor Jorge Eliécer Neira Mora, en un 100% (pág. 7 a 13, archivo 7 expediente digital).
3. Auto de pruebas No. APSUB 1291 del 15 de marzo de 2019, por medio del cual Colpensiones resolvió dar apertura a la etapa probatoria y ordenó remitir el expediente al oficial de cumplimiento para el trámite de la investigación administrativa especial (pág. 30 a 33, archivo 7 expediente digital).
4. Resolución No. SUB 94846 del 23 de abril de 2019, por medio de la cual Colpensiones no accedió a la solicitud de sustitución pensional elevada por la señora Olga Marulanda Sánchez (archivo “ADM19237571.8”, carpeta 07.1 expediente digital). Dicha decisión fue confirmada por medio de la Resolución SUB 142955 del 6 de junio de 2019, en la que se resolvió un recurso de reposición (archivo “ADM19237571.9”, carpeta 07.1); y, mediante Resolución No. DPE 6683 del 25 de julio de 2019, al resolver el recurso de apelación, se modificó el primer acto en el sentido de negar la sustitución pensional a la señora Olga Marulanda Sánchez (archivo “ADM19237571.10”, carpeta 07.1).
5. Resolución No. SUB 21035 del 29 de enero de 2021, en la que se revocó en todas sus partes la Resolución No. SUB 280377 del 5 de diciembre de 2017, con base en el Auto de Cierre No. GPF-0899-20 del 6 de octubre de 2020 (archivo “ADM19237571.11 A.A. REVOCATORIA”, carpeta 07.1 expediente digital).
6. Resolución No. SUB 196276 del 20 de agosto de 2021, por medio de la cual Colpensiones informó el valor girado a la señora Mariela Caicedo Roldán y ordenó remitir el expediente a la Dirección de Procesos Judiciales para el inicio de las acciones legales correspondientes (archivo “ADM19237571.12”, carpeta 07.1 expediente digital).
7. Certificado de los valores devengados y deducidos a la señora Mariela Caicedo Roldán como beneficiaria de una sustitución de pensión de invalidez (archivo “CN19237571 - 41581727”, carpeta 07.1 expediente digital).
8. Informe de verificación preliminar del 3 de marzo de 2020 de la Gerencia de Prevención del Fraude de Colpensiones, en el que se indicó (págs. 5 a 19, carpeta 29.1, archivo “EXP PARTE 1”, expediente digital):

“4. Interpretación de resultados

De acuerdo al material probatorio recaudo y el informe emitido por COSINTE, se logró determinar que las declaraciones extra juicio presentadas por la señor(a) MARIELA ROLDAN CAICEDO en calidad de beneficiario(a) y los testigos ALBA TULIA MORENO MONCAYO, ROSA RINCON DE RINCON carecen de veracidad, toda vez que quedo probado que los señores(as) MARIELA ROLDAN CAICEDO no convivió con el(a) causante JORGE ELIECER NEIRA MORA los últimos 5 años antes de su fallecimiento y por ello no tendría derecho a la prestación.

De acuerdo al material probatorio recaudo y el informe emitido por COSINTE, se logró determinar que las declaraciones extra juicio presentadas por la señor(a) un segundo solicitante OLGA MARULANDA SANCHEZ y los testigos NELLY GLORIA RAMOS GUERRERO y FLORESMIRO RINCON carecen de veracidad, toda vez que quedo probado que el señores(as) OLGA MARULANDA SANCHEZ no convivió con el(a) causante JORGE ELIECER NEIRA MORA los últimos 5 años antes de su fallecimiento y por ello no tendría derecho a la prestación.”

9. Registro de Defunción del señor Jorge Eliecer Neira Mora, en el que consta que falleció el 8 de junio de 2017 (pág. 22, carpeta 29.1, archivo “EXP PARTE 1”, expediente digital).
10. Acta extraprocesal No. 7545 del 29 de septiembre de 2017, de la Notaría 7 del Círculo de Bogotá, en la que consta (págs. 27 y 28, carpeta 29.1, archivo “EXP PARTE 1”, expediente

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

digital): “SEGUNDO: Que conviví en unión marital de hecho más de 19 años con el señor JORGE ELIECER NEIRA MORA (QEPD) quien se identificó en vida con la cedula de ciudadanía No. 19.237.571 expedida en Bogotá D.C., y quien falleció el 7 de JUNIO de 2.017, compartíamos techo, lecho y mesa desde el año de 1.972 y hasta 1.991 aproximadamente ya que él se fue para el municipio de Otanche a trabajar, donde vivió hasta el año 2.012 fecha en la que regreso a Bogotá DC y desde ese momento convivimos de manera permanente hasta la fecha de su fallecimiento, siendo nuestro último lugar de domicilio en la CARRERA 88 C N° 54 C —28 SUR Barrio BOSA LIBERTAD en la ciudad de BOGOTA D.C. Que nuestra convivencia fue de manera permanente e ininterrumpida y de nuestra unión procreamos 3 hijos de nombres JORGE ELIECER NEIRA RONDAL, JOSE GIOVANNI NEIRA RONDAL. y SANDRA MILENA NEIRA ROLDAN actualmente mayores de edad y en pleno uso de sus facultades físicas y mentales, manifiesto que antes de la muerte de mi compañero, Yo, MARIELA ROLDAN CAICEDO dependía únicamente de los ingresos económicos de él. Declaro que mi compañero en el momento de su fallecimiento no hacia vida marital con otra persona, ni hijos adoptivos, ni tiene hijos pendientes por reconocer y no conozco que existan más personas con igual o mayor derecho para reclamar cualquier beneficio, del que me asiste en calidad de compañera permanente.”

11. Declaración extraprocésal rendida ante la Notaría 7 del Círculo de Bogotá por las señoras Alba Tulia Moreno Moyano, Rosa Rincón de Rincón y Emperatriz Posse de Ortiz el 12 de junio de 2017, en la que indicaron (págs. 29 y 30, carpeta 29.1, archivo “EXP PARTE 1”, expediente digital): “Que conocimos de vista trato y comunicación durante más de 30 años al Señor JORGE ELIECER NEIRA MORA (Q.E.P.D) quien en vida se identificó con la cedula de ciudadanía No. 19237571 expedida en Bogotá D.C., y quien falleció la noche del jueves 8 de junio de 2.017, por tal razón declaramos que sabemos y nos consta que en el momento de su fallecimiento convivió en unión marital de hecho con la señora MARIELA ROLDAN CAICEDO identificada con la cedula de ciudadanía N° 41.581.727 expedida en Bogotá DC, compartiendo techo, lecho y mesa inicialmente desde el año de 1972 hasta 1992, y en el año 2007 hasta la fecha de su fallecimiento. Que la convivencia fue de manera permanente e ininterrumpida y de cuya unión tuvieron tres (3) hijos de nombres JORGE ELIECER, JOSE GIOVANNY y SANDRA MILENA NEIRO ROLDAN. actualmente mayores de edad y en pleno uso de sus facultades físicas y mentales. Que la señora MARIELA ROLDAN CAICEDO, dependía económicamente de su compañero permanente el señor JORGE ELIECER NEIRA MORA (Q.E.P.D.). Así mismo declaramos que el causante en el momento de su fallecimiento no hacía vida marital con ninguna otra persona otra persona, tenía un hijo extramatrimonial de nombre CRISTIAN NEIRA mayor de edad, y no tenía más hijos vivos ni muertos, no tenía más hijos reconocidos, ni adoptivos, ni tiene hijos pendientes por reconocer y por tal razón no conocemos que existan más personas con igual o mayor derecho para reclamar cualquier beneficio, del que le asiste a la señora MARIELA ROLDAN CAICEDO en calidad de compañera permanente del causante.”
12. Informe técnico de investigación realizado por la empresa COSINTE – RM efectuada en el año 2019, en la que se concluyó (págs. 61 a 67, carpeta 29.1, archivo “EXP PARTE 1”, expediente digital):

“NO SE ACREDITÓ el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por **Olga Marulanda Sanchez**, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa.

En el análisis de las entrevistas realizadas, las pruebas documentales recopiladas y las labores de campo, se logró establecer que el señor Jorge Eliécer Neira Mora y la señora Olga Marulanda Sánchez convivieron bajo el mismo techo y fueron cónyuges durante 22 años: vivieron en unión libre durante 13 años, desde el año 1994 (no sabe el día y el mes) hasta el día 07 de enero de 2007 y estuvieron casados durante 9 años, desde el día 08 de enero de 2007 hasta el año 2016 (no sabe el día y el mes), fecha en la que se separaron de cuerpos definitivamente. Por lo anterior, no se acredita la solicitud.

NO SE ACREDITÓ el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por **Mariela Roldan Caicedo**, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa.

En el análisis de las entrevistas realizadas, las pruebas documentales recopiladas y las labores de campo, se logró establecer que el señor Jorge Eliécer Neira Mora y la señora Mariela Roldán Caicedo convivieron bajo el mismo techo y fueron cónyuges durante 18 años, desde el año 1974 (no sabe el día y el mes) hasta el año 1992 (no sabe el día y el mes), fecha en la que se separan de cuerpos definitivamente. La solicitante afirma que desde el mes de diciembre de 2012 y hasta el 08 de junio de 2017, solo visitaba al causante con frecuencia para atenderlo debido a su estado de salud. Por lo anterior, no se acredita la solicitud.”

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

13. Auto No. GPF-0459-20 del 26 de junio de 2020, por medio del cual la Gerencia de Prevención del Fraude de Colpensiones abre una investigación administrativa especial, en la que vinculan a la señora Mariela Roldán Caicedo (págs. 2 a 6, carpeta 29.1, archivo “EXP PARTE 2”, expediente digital).
14. Auto No. GPF-0899-20 del 6 de octubre de 2020, mediante el cual la Gerencia de Prevención del Fraude de Colpensiones cierra una investigación administrativa especial. En dicho auto concluye que “...el reconocimiento pensional realizado por medio de la Resolución No. SUB 280377 del 05 de diciembre de 2017, se precipitó bajo hechos que dan cuenta de fraude, desconociendo los requisitos legales, así se pudo engañar a Colpensiones para obtener tales beneficios, utilizando unas declaraciones extra proceso contrarias a la Ley. Por tanto, la investigada recibió de forma irregular beneficios patrimoniales del Sistema General de Pensiones, tal y como se evidenció en las diferentes etapas de la Investigación Administrativa Especial, según lo explicado de forma preliminar.” y ordena la remisión de esa decisión a la Dirección de Prestaciones Económicas de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, para que, dentro del ámbito de sus facultades y competencias, proceda a tomar la decisión que corresponda frente al acto administrativo No. SUB 280377 del 05 de diciembre de 2017 (págs. 13 a 28, carpeta 29.1, archivo “EXP PARTE 2”, expediente digital).

Por la parte demandada no se allegaron pruebas.

3.3.2 De la normativa que consagra el derecho a la sustitución pensional y su desarrollo jurisprudencial

Para abordar este análisis, es importante, en primera medida, señalar que en materia de pensión de sobrevivientes la normativa aplicable es la que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del causante¹, y para ilustrar el presente asunto se parte desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, que reguló de pensión de sobrevivientes, en un principio, así:

“**ARTÍCULO 46.** Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:
 - a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;
 - b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley.”

“**ARTÍCULO 47.** Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;

- b) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez;

¹ Para el caso concreto la fecha de fallecimiento del causante fue el 1º de diciembre de 2007 (pág. 22, archivo 2 expediente digital).

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- c) A falta del cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste, y
- d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.”

Adicional a lo anterior, el Artículo 48 de la Ley 100 de 1993 dispone lo siguiente:

“**ARTICULO. 48.-**Monto de la pensión de sobrevivientes. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 832 de 1996. El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquél disfrutaba.

El monto mensual de la pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente ley.

No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto.”

Posteriormente, los Artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 fueron modificados por la Ley 797 de 2003, la cual entró en vigencia según Diario Oficial No. 45.079 el 29 de enero de 2003, que dispuso lo siguiente:

“**ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.**
<Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:>
Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

a) <Literal INEXEQUIBLE Sentencia C-556-09>

b) <Literal INEXEQUIBLE Sentencia C-556-09>

(...)

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES².

<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:>
Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o *la compañera o compañero permanente* o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o *la compañera o compañero permanente* supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte³;

b) En forma temporal, el *cónyuge o la compañera permanente* supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al

² Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en cursiva condicionalmente exequibles Sentencia C-1035-08.

³ Apartes subrayados declarados EXEQUIBLES, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094-03 de 19 de noviembre de 2003, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un *compañero o compañera permanente*, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la *compañera o compañero permanente* podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. *La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente*⁴;

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes ~~y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno~~; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de *invalidez*. Para determinar cuando hay *invalidez* se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993⁵;

d) A falta de cónyuge, *compañero o compañera permanente* e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente ~~de forma total y absoluta~~ de este⁶;

e) A falta de cónyuge, *compañero o compañera permanente*, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste⁷. (...)"

La Sentencia C-1094 de 2003, al estudiar la constitucionalidad del Artículo 13 de la Ley 797 de 2003, expuso lo siguiente:

"(...)

Los literales a) y b) del artículo 13 en referencia consagran las condiciones para que el cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite sea beneficiario de la pensión de

⁴ - Expresión "**con la cual existe la sociedad conyugal vigente**" declarada EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-515-19 de 29 de octubre de 2019, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Linares Cantillo.

- Expresión "La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente" declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-336-14 de 4 de junio de 2014, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo.

- Aparte subrayado declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE, únicamente por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1035-08 de 22 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño 'en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido'. Fallo inhibitorio en relación con la expresión "no existe convivencia simultánea y" por inepta demanda.

- Literal b) declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094-03 de 19 de noviembre de 2003, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

⁵ - Expresión "esto es, que no tienen ingresos adicionales" declarada INEXEQUIBLE, y la expresión subrayada "si dependían económicamente del causante" declarada EXEQUIBLE, por los cargos analizados por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-066-16 de 17 de febrero de 2016, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Linares Cantillo.

- Expresiones 'invalidez' en letra itálica declaradas EXEQUIBLES, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-458-15 de 22 de julio de 2015, Magistrada Ponente Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

- Expresión subrayada 'hasta los 25 años' declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-451-05 de 3 de mayo de 2005, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández

- Expresión 'y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno' contenida en el texto original declarada INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094-03 de 19 de noviembre de 2003, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

⁶ - Literal declarado EXEQUIBLE, salvo el aparte tachado que se declara INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-111-06 de 22 de febrero de 2006, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁷ - Literal declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE, Por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-034-20 de 6 de febrero de 2020, Magistrado Ponente Dr. Alberto Rojas Ríos, 'bajo el entendido que también incluye como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a los hermanos menores de edad que dependían económicamente del afiliado o pensionado fallecido, a falta de madre y padre'.

- Expresión subrayada "si dependían económicamente de éste" declarada EXEQUIBLE, por los cargos analizados por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-066-16 de 17 de febrero de 2016, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Linares Cantillo.

- Expresión subrayada 'hermanos inválidos' declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-896-06 de 1 de noviembre de 2006, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

sobrevivientes. De ellas, los accionantes impugnan tres aspectos en particular: i) el requisito de convivencia con el fallecido por no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte; ii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración a la edad del cónyuge o compañero supérstite; y iii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración al hecho de haber tenido hijos o no con el causante.

Como se indicó, el legislador, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, dispone de una amplia libertad de configuración frente a la pensión de sobrevivientes. Además, según lo tiene establecido esta Corporación, el señalamiento de exigencias de índole personal o temporal para que el cónyuge o compañero permanente del causante tengan acceso a la pensión de sobrevivientes "constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar"¹⁴.

En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.

Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social¹⁵.

Con base en lo expuesto, al evaluar específicamente los cargos de inconstitucionalidad endilgados contra los literales a) y b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la Corte encuentra lo siguiente:

El señalamiento de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y la determinación de sus calidades es una materia inherente al régimen de seguridad social, en el marco trazado por el artículo 48 de la Constitución Política.

El hecho de establecer algunos requisitos de carácter cronológico o temporal para que el cónyuge o compañera o compañero permanente supérstite sea beneficiario de la pensión, no significa que el legislador haya desconocido o modificado la legislación civil sobre derechos y deberes de los cónyuges emitida en desarrollo del artículo 42 de la Constitución, pues la seguridad social representa un área autónoma frente al ordenamiento civil (CP, arts. 42 y 48).

El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003, al referirse a su campo de aplicación, ilustra acerca de la naturaleza propia del régimen de la seguridad social en general y de la pensión de sobrevivientes en particular¹⁶.

Además, la Corte encuentra razonable la distinción que, en ejercicio de su amplia libertad de configuración, el legislador ha hecho del cónyuge o compañera o compañero permanente supérstite en razón de la edad o de la procreación de hijos con el causante. Tanto es que los menores de 30 años, sin hijos con el causante, no se ven desprotegidos por el sistema general de pensiones. Lo que se les exige es que dada su juventud y ante la no procreación de hijos con el causante, que genere obligaciones a más largo plazo, asuma una actitud acorde con el principio de solidaridad de la seguridad social y se afilie al sistema. La ley le garantiza una pensión de sobrevivientes hasta por 20 años, que esta Corporación estima suficiente y razonable para efectuar las cotizaciones respectivas y obtener el reconocimiento de su pensión.

De tal manera que esa disposición no vulnera el derecho a la igualdad por cuanto los menores de 30 años, sin hijos con el causante, no están en el mismo plano frente a las personas mayores de esa edad o con hijos procreados con el pensionado fallecido. Menos aún se vulnera el principio de unidad de materia por cuanto la legislación emitida en aspectos de seguridad social corresponde a los mandatos incorporados en el artículo 48 de la Constitución y no en el artículo 42, como lo estiman los actores. Tampoco se vulnera el derecho a la seguridad social pues sus mandatos se ajustan a los preceptos contemplados en el artículo 48 de la Carta Política, que reconoce una amplia libertad de configuración en estas materias. Por ello, desde la óptica propuesta por los accionantes, los literales a) y b) no vulneran, en lo demandado, los artículos superiores invocados en su demanda.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Aspecto diferente lo constituye el aparte impugnado del literal c) del precitado artículo 13, en el que se faculta al Gobierno para señalar uno de los requisitos que deben cumplir los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios.

Según el artículo 48 de la Constitución, la determinación del régimen de la seguridad social le corresponde al legislador. En otras palabras, compete al Congreso de la República la determinación de las condiciones y requisitos para ser beneficiario del sistema general de pensiones. Por ello, al ser una atribución que la Carta asigna expresamente al legislador, éste no está facultado para desprenderse, con carácter indefinido o permanente del ejercicio de tales atribuciones.”

De acuerdo con la normativa en precedencia y conforme a lo dispuesto en los Artículos 5, 13, 42 y 48 de la Carta Política de 1991, los derechos que se desprenden del derecho constitucional a la seguridad social comprenden de la misma manera tanto al cónyuge como al compañero o compañera permanente, en desarrollo del principio constitucional de la igualdad frente a las familias unidas por vínculos jurídicos o naturales, y que abarca no sólo el núcleo familiar propiamente dicho, sino también a cada uno de los miembros que lo componen. Es decir que todo aquello que en la normatividad se predique a favor de las personas unidas en matrimonio, prerrogativas, ventajas, prestaciones, obligaciones, deberes y responsabilidades, se aplica también para quienes conviven sin necesidad de dicho vínculo formal.

En consecuencia, el derecho a la sustitución pensional busca impedir que una vez sobrevenga la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea impelido a soportar no sólo la carga que proviene del dolor por la ausencia definitiva de la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, sino aquella carga material que implica asumir de manera individual las obligaciones que conlleva el mantenimiento propio y el de la familia.

Respecto de la sustitución pensional, en sentencia del 25 de octubre de 2012, el Consejo de Estado sostuvo que “la muerte constituye una contingencia del sistema de seguridad social, en cuanto la ausencia definitiva de la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, dejaría en situación de desamparo a sus integrantes”⁸.

Igualmente se explicó que la sustitución pensional tiene como finalidad atender una contingencia derivada de la muerte y “suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el empleado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación”⁹.

Y se reiteró que la finalidad de la sustitución pensional es la protección de la familia que queda desamparada económicamente en razón de la muerte del afiliado:

“El artículo 42 de la Constitución Política indica que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que se conforma por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de contraer matrimonio o por la voluntad de conformarla.

Así, la familia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia C-081 de 1999¹⁰), está amparada por un marco de protección que cubre la matrimonial y la extramatrimonial. En efecto la Corte ha indicado que el reconocimiento de la familia extramatrimonial se ha reafirmado por la ley, el derecho comparado y la jurisprudencia, en tanto se “reconocen las diferentes formas de relaciones familiares extramatrimoniales y ordenan darle un tratamiento igual al que se le otorga a la familia matrimonial”¹¹.

En este sentido, en la jurisprudencia constitucional, sobre la unión marital de hecho, se ha precisado que “merece reconocimiento jurídico y social, siempre y cuando acredite los elementos básicos de estabilidad por lo que, es innegable a juicio de la Corte que faltando tan solo formalización de su vínculo conyugal, deban recibir un tratamiento equiparable o semejante por muchos aspectos al que merece la unión conyugal”.

Se resaltó, además, que según la jurisprudencia constitucional la convivencia es el criterio material determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional:

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve, expediente 0358-11.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve, expediente 0358-11.

¹⁰ Cita propia del texto transcrito: «M.P. Fabio Morón Díaz».

¹¹ Cita propia del texto transcrito: «C-081 de 1999. M.P. DR. FABIO MORON DIAZ. Sentencia mediante la cual se declararon exequibles las expresiones “...la compañera o compañero permanente supérstite...”», de los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993.»

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

“Ahora bien, se señaló en la sentencia C-081 de 1999 que no pueden confundirse los derechos herenciales con el reconocimiento de prestaciones sociales ocasionadas por la muerte de uno de los miembros de la pareja, ya que insiste la Corte, se trata de instituciones jurídicas diferentes, “pues son diferentes los principios que animan la hermenéutica jurídica en este campo del ordenamiento legal, a los que prevalecen en el área del derecho privado”¹². Así se estimó que, en aplicación del literal a)¹³ del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional, cuando hay conflicto entre la cónyuge supérstite y la compañera permanente, es un factor determinante, “el compromiso efectivo y de comprensión mutua de la pareja existente entre la pareja, al momento de la muerte de uno de sus integrantes”¹⁴

En el mismo sentido, en la citada providencia se reitera lo considerado en la sentencia C-389 de 1996, en el sentido que en la normatividad nacional se prioriza un criterio material, esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte, como factor para determinar quién es el beneficiario de la sustitución pensional.

Así, insiste la Corte en la sentencia C-081 de 1999¹⁵ que **la convivencia efectiva al momento de la muerte del pensionado, “constituye el hecho que legitima la sustitución pensional”**, que modo que es constitucional que en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 exija “tanto para los cónyuges como para las compañeras o compañeros permanentes, acreditar los supuestos de hecho previstos por el legislador para que se proceda al pago de la prestación”, pues acoge un criterio real o material, como lo es “la convivencia al momento de la muerte del pensionado, como el supuesto de hecho para determinar el beneficiario de la pensión”.(se resalta)

En relación con la acreditación de convivencia y la conformación de una familia, observa el despacho que en sentencia del Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda- Subsección "A"- consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero- siete (7) de abril de dos mil once (2011)- radicación número: 76001-23-31-000-2005-02741-01(0669-08), dicha Corporación fue clara en indicar:

“El grupo familiar lo constituyen aquellas personas entre las que se establecen lazos afectivos estables que deben trascender el plano de un mero acompañamiento emocional y social, y alcanzar el nivel de un proyecto común de vida; **es esencial a la familia el prestarse ayuda mutua, que no es cualquier clase de apoyo sino la que se encamina a realizar el propósito familiar común.**

De esta manera el acompañamiento espiritual y material ha de estar referido a lo que la jurisprudencia ha reiterado: una verdadera vocación de constituir una familia.

(...)

‘Este ha sido también el criterio reiterado de la jurisprudencia de la Corte, que ha visto en la convivencia entendida como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen, con vida en común o aún en la separación cuando así se impone por fuerza de las circunstancias, ora por limitación de medios, ora por oportunidades laborales, el cimiento del concepto de familia en la seguridad social y requisito indispensable para que la cónyuge o la compañera o compañero permanente puedan tener la condición de miembros del grupo familiar, y vocación para ser beneficiarios de la prestación por muerte del afiliado o pensionado.

‘Lo anterior significa que en principio para que haya convivencia se exige vida en común de la pareja, y que no se desvirtúa el concepto de familia en la separación siempre que ésta obedezca a una causa razonable que la justifique, porque de lo contrario lo que no existiría es esa voluntad de conformar un hogar y tener una comunidad de vida’” (resaltado y subrayas fuera del texto).

¹² Ídem.

¹³ “Artículo 47. Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;(…)”

¹⁴ Ídem.

¹⁵ M.P. Fabio Morón Díaz

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

(...)

Es necesario precisar que la voluntad de conformar hogar y mantener una comunidad de vida, son elementos distintivos y esenciales del grupo familiar, los cuales, en criterio reciente y reiterado de la Corte Suprema de Justicia¹⁶, no se pueden desvirtuar por la “separación”, cuando esta eventualidad se impone por la fuerza de las circunstancias:

“El grupo familiar lo constituyen aquellas personas entre las que se establecen lazos afectivos estables que deben trascender el plano de un mero acompañamiento emocional y social, y alcanzar el nivel de un proyecto común de vida; **es esencial a la familia el prestarse ayuda mutua, que no es cualquier clase de apoyo sino la que se encamina a realizar el propósito familiar común.**

De esta manera el acompañamiento espiritual y material ha de estar referido a lo que la jurisprudencia ha reiterado: una verdadera vocación de constituir una familia.

En sentencia de 8 de septiembre de 2009, rad. N° 36448, precisó la Corporación:

‘Este ha sido también el criterio reiterado de la jurisprudencia de la Corte, que ha visto en la convivencia entendida como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen, con vida en común o aún en la separación cuando así se impone por fuerza de las circunstancias, ora por limitación de medios, ora por oportunidades laborales, el cimiento del concepto de familia en la seguridad social y requisito indispensable para que la cónyuge o la compañera o compañero permanente puedan tener la condición de miembros del grupo familiar, y vocación para ser beneficiarios de la prestación por muerte del afiliado o pensionado.

‘Lo anterior significa que en principio para que haya convivencia se exige vida en común de la pareja, y que no se desvirtúa el concepto de familia en la separación siempre que ésta obedezca a una causa razonable que la justifique, porque de lo contrario lo que no existiría es esa voluntad de conformar un hogar y tener una comunidad de vida’” (resaltado y subrayas fuera del texto).”

En conclusión, la finalidad de la sustitución pensional reconocida en el Sistema General de Pensiones es garantizar el mínimo vital y las condiciones materiales de supervivencia de las personas que se encontraban a cargo de quien fallece, habiendo cumplido con una carga determinada de cotizaciones o aportes al Sistema. De igual manera, se trata de una prestación que en términos de igualdad y con el fin de que no existan tratamientos discriminatorios, puede ser sustituida a la cónyuge superviviente, a la compañera permanente o a ambas, cuando se prueba la convivencia simultánea con el causante, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico.

Es decir que tanto para el régimen especial como para el general es indispensable que el (la) beneficiario (a) demuestre la convivencia efectiva. Es así como lo ha manifestado el Consejo de Estado¹⁷ refiriéndose a que en principio para que haya convivencia se exige vida en común de la pareja, y que no se desvirtúa el concepto de familia en la separación siempre que esta obedezca a una causa razonable que la justifique, y que se vislumbre que aún se conserva ese compromiso de ayuda mutua y comprensión material y espiritual, porque de lo contrario lo que no existiría es esa voluntad de conformar un hogar y tener una comunidad de vida.

Como se sabe, tanto la unión matrimonial como la marital de hecho imponen en la pareja dos compromisos o componentes. Por un lado, suponen una perspectiva emocional que conlleva un elemento afectivo, asistencial, de convivencia, compañía mutua, ayuda, entre otros. Y, por el otro, el patrimonial derivado de la sociedad financiera celebrada que impone una serie de obligaciones y derechos por lo que las falencias en alguno de los dos factores no suponen *per se* la terminación del otro.

Lo anterior, por cuanto la convivencia efectiva al momento de la muerte del pensionado constituye el hecho que legitima la sustitución pensional y el criterio que impera, pues no se hace necesario demostrar, en el caso de las esposas y compañeras, la dependencia económica o la existencia del vínculo formal de la unión.

¹⁶ Sentencia de Casación Laboral de 27 de abril de 2010, proceso No. 38113, actor: Beatriz Elena Aristizábal Vallejo, M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

¹⁷ Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda- Subsección "A"- Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero- siete (7) de abril de dos mil once (2011)- radicación número: 76001-23-31-000-2005-02741-01(0669-08).

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Así, es de resaltar que tanto la Ley como la jurisprudencia protegen a la cónyuge con sociedad conyugal vigente aunque exista separación de hecho¹⁸ y exigen de la compañera permanente un despliegue probatorio importante para demostrar convivencia con el causante anteriores a su fallecimiento; por su parte, el Consejo de Estado¹⁹ ha dicho que el criterio material de convivencia es un factor determinante para declarar el derecho a la sustitución pensional, pero que, ante circunstancias especiales, se puede ordenar la distribución de la prestación.

3.3.3. Del caso concreto

Con fundamento en el anterior desarrollo normativo y jurisprudencial, se procede a analizar los cargos formulados por la parte demandante en contra de los actos administrativos demandados, conforme al material probatorio arrojado y el análisis del régimen general para el reconocimiento de la sustitución pensional.

No es objeto de discusión en el presente asunto que al señor Jorge Eliécer Neira Mora, mediante Resolución No. GNR 380661 del 28 de octubre de 2014, Colpensiones le reconoció la pensión de invalidez (archivo “ADM19237571.1”, carpeta 07.1 expediente digital) y que falleció el 8 de junio de 2017 (pág. 22, carpeta 29.1, archivo “EXP PARTE 1”, expediente digital).

Ahora bien, posterior a la fecha de fallecimiento del causante, la señora Mariela Roldán Caicedo solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional ocasionada por el señor Jorge Eliécer Neira Mora, de ahí que, mediante la Resolución No. SUB 280377 del 5 de diciembre de 2017, Colpensiones accediera al reconocimiento y pago de dicha sustitución a favor de la solicitante con un porcentaje del 100% (pág. 7 a 13, archivo 7 expediente digital).

Luego, se observa que la señora Olga Marulanda Sánchez radicó solicitud se la sustitución de la misma pensión, la cual Colpensiones resolvió de manera desfavorable mediante las Resoluciones Nos. SUB 94846 del 23 de abril de 2019 (archivo “ADM19237571.8”, carpeta 07.1 expediente digital), SUB 142955 del 6 de junio de 2019 (archivo “ADM19237571.9”, carpeta 07.1) y DPE 6683 del 25 de julio de 2019 (archivo “ADM19237571.10”, carpeta 07.1).

Por los anteriores hechos, Colpensiones solicitó informe técnico de investigación a Cosinte- RM, por lo que obra dicho informe en el que se concluyó que (págs. 61 a 67, carpeta 29.1, archivo “EXP PARTE 1”, expediente digital):

“NO SE ACREDITÓ el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Olga Marulanda Sanchez, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa.

En el análisis de las entrevistas realizadas, las pruebas documentales recopiladas y las labores de campo, se logró establecer que el señor Jorge Eliécer Neira Mora y la señora Olga Marulanda Sánchez convivieron bajo el mismo techo y fueron cónyuges durante 22 años: vivieron en unión libre durante 13 años, desde el año 1994 (no sabe el día y el mes) hasta el día 07 de enero de 2007 y estuvieron casados durante 9 años, desde el día 08 de enero de 2007 hasta el año 2016 (no sabe el día y el mes), fecha en la que se separaron de cuerpos definitivamente. Por lo anterior, no se acredita la solicitud.

NO SE ACREDITÓ el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Mariela Roldan Caicedo, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa.

En el análisis de las entrevistas realizadas, las pruebas documentales recopiladas y las labores de campo, se logró establecer que el señor Jorge Eliécer Neira Mora y la señora Mariela Roldán Caicedo convivieron bajo el mismo techo y fueron cónyuges durante 18 años, desde el año 1974 (no sabe el día y el mes) hasta el año 1992 (no sabe el día y el mes), fecha en la que se separan de cuerpos definitivamente. La solicitante afirma que desde el mes de diciembre de 2012 y hasta el 08 de junio de 2017, solo visitaba al causante con frecuencia para atenderlo debido a su estado de salud. Por lo anterior, no se acredita la solicitud.”

¹⁸ Sentencia C-336 de 2014 de la Corte Constitucional.

¹⁹ Sentencia del 12 de febrero de 2015, consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso No. 11001032500020100023600.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En atención a dicho informe y las pruebas allí recaudadas, la Gerencia de Prevención del Fraude de Colpensiones llevó a cabo una investigación administrativa especial en contra de la señora Mariela Roldán Caicedo, dentro de la cual, mediante Auto No. GPF-0899-20 del 6 de octubre de 2020, concluyó que *“...el reconocimiento pensional realizado por medio de la Resolución No. SUB 280377 del 05 de diciembre de 2017, se precipitó bajo hechos que dan cuenta de fraude, desconociendo los requisitos legales, así se pudo engañar a Colpensiones para obtener tales beneficios, utilizando unas declaraciones extra proceso contrarias a la Ley. Por tanto, la investigada recibió de forma irregular beneficios patrimoniales del Sistema General de Pensiones, tal y como se evidenció en las diferentes etapas de la Investigación Administrativa Especial, según lo explicado de forma preliminar”* (págs. 13 a 28, carpeta 29.1, archivo “EXP PARTE 2”, expediente digital).

Con base en el anterior auto, a través de la Resolución No. SUB 21035 del 29 de enero de 2021, Colpensiones revocó en todas sus partes la Resolución No. SUB 280377 del 5 de diciembre de 2017 (archivo “ADM19237571.11 A.A. REVOCATORIA”, carpeta 07.1 expediente digital).

Dicho lo anterior, se establece que en el expediente judicial solo obran las pruebas e informes recaudados por la entidad demandante, en los que se estableció de manera clara que el señor Jorge Eliecer Neira Mora y Mariela Roldán Caicedo convivieron como pareja desde el año 1973 hasta 1992, que, luego de ello, el causante convivió y contrajo matrimonio con la señora Olga Marulanda, de quien, según las declaraciones descritas en el informe de Cosinte, también se separó.

Dentro del informe técnico de investigación de Cosinte, llama la atención que en la declaración que se tomó a la señora Mariela Roldán Caicedo se menciona que *“...**en el mes de diciembre de 2012, el causante la buscó** pues se encontraba muy enfermo y le mencionó que la señora Olga Marulanda Sánchez lo había dejado en la calle pues le había quitado sus propiedades. Informa que para ese momento, el causante estaba viviendo solo desde hace un año en el barrio El Muelle y que posteriormente se radicó en la Carrera 88C No 54C - 28 Sur barrio Bosa Brasilia. **En estos años, la solicitante lo visitaba con frecuencia debido a su estado de salud.**”* (pág. 65, carpeta 29.1, archivo “EXP PARTE 1”, expediente digital) (resalta el despacho).

Así mismo, durante la labor investigativa se recaudaron entrevistas de los hermanos del causante, señores Pedro Enrique Neira Mora y Pablo Emilio Neira Mora, quienes afirmaron que el causante ya no convivía con la señora Olga Marulanda, sino que quien estaba al cuidado de Jorge Eliecer Neira Mora, durante su enfermedad en los últimos años de vida, era la señora Mariela Roldán Caicedo; sin embargo, no se afirmó que aquellos se encontraran conviviendo como pareja durante ese lapso.

De otro lado, Cosinte informó que, respecto de la señora Rosa Rincón de Rincón, quien rindió declaración extraprocesal previo a la solicitud de reconocimiento prestacional de la señora Mariela Roldán Caicedo, en entrevista se logró corroborar la información declarada, pero la señora Rosa Rincón indica que cuando el causante enfermó volvió a buscar a la señora Mariela Roldán para que volvieran a vivir como pareja, pero le consta desde qué año ni por cuánto tiempo.

Respecto de la señora Alba Tulia Moreno Moyano, también declarante en declaración extraprocesal, se mencionó que no fue posible entrevistarla (pág. 66, carpeta 29.1, archivo “EXP PARTE 1”, expediente digital) (resalta el despacho).

Con base en lo anterior, conforme a las pruebas aludidas, para el despacho es claro que el factor determinante para establecer el derecho a la sustitución pensional es el compromiso de apoyo afectivo, de comprensión mutua y convivencia material existente entre la pareja al momento de la muerte del causante, lo cual, para el caso concreto, no se logró establecer, pues las declaraciones inicialmente aportadas por la demandada ante Colpensiones, al ser contrarrestadas con la información recaudada por Cosinte- RM, no resultan suficientes para afirmar que la convivencia entre los señores Mariela Roldán Caicedo y Jorge Eliecer Neira Mora (fallecido) fuera producto de una relación sólida y permanente, bajo el mismo techo, y con el ánimo de conformar una familia, al menos durante los últimos cinco años de vida del causante, razón por la cual no se acreditó en el presente asunto el cumplimiento de los requisitos necesarios para el reconocimiento de la sustitución pensional a la señora Mariela Roldán Caicedo.

Por lo anterior, resulta procedente declarar la nulidad de la Resolución No. SUB 280377 del 5 de diciembre de 2017, anulación que irrogará efectos por el tiempo en que estuvo vigente.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Ahora, en lo que respecta a la pretensión de la demanda tendiente a la devolución de los dineros recibidos por la demandada con ocasión a la sustitución pensional reconocida, el despacho advierte que, de conformidad con el literal c del numeral 1 del Artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la administración puede demandar en cualquier tiempo los actos que reconozcan prestaciones periódicas; sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. Por esto, no se ordenará el reintegro de dichos pagos, pues, de conformidad con el Artículo 83 de la Constitución Política, se presume en la actuación de los particulares la buena fe, y como quiera que no obra prueba en contrario que desvirtúe dicha presunción en la actuación de la parte demandada, al serle reconocida la sustitución pensional y efectuarse los correspondientes pagos, las pretensiones en este sentido no están llamadas a prosperar.

Lo anterior, comoquiera que, para poder hacer viable la devolución de las sumas pagadas a la señora Mariela Roldán Caicedo, Colpensiones debió centrar su esfuerzo procesal en demostrar no solo la ilegalidad del reconocimiento contenido dentro del acto demandado sino también en acreditar que la obtención de tal derecho por parte de la demandada se hizo con desconocimiento de los postulados de la buena fe, que como se señaló anteriormente se presumen, por lo que la pretensión en tal sentido se negará.

5. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la **NULIDAD** de la Resolución No. SUB 280377 del 5 de diciembre de 2017, por medio de la cual se reconoció una sustitución pensional a la señora Mariela Roldán Caicedo, con ocasión al fallecimiento del señor Jorge Eliécer Neira Mora, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO.- No se condena en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente.

QUINTO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

LF

paniaguacohenabogadossas@gmail.com
notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co
paniaguabogota5@gmail.com
stdiaz0206@gmail.com
abogado23colpen@hotmail.com

Expediente: 11001-3342-051-2021-00356-00
Demandante: COLPENSIONES
Demandado: MARIELA ROLDAN CAICEDO

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendívelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **a187b75b28beda30ab6fcd8f7f0e131ab0225ac5e4dfaa9211d35e9f7feb8030**
Documento generado en 27/09/2023 08:35:45 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA No. 236	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00060-00
Demandante:	JHON GALILEO GARCÍA LARGO
Guardador:	HERNÁN GARCÍA CUERVO
Demandada:	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL-JUNTA MÉDICO LABORAL DEL EJÉRCITO Y NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-TRIBUNAL MÉDICO LABORAL DE REVISIÓN MILITAR Y DE POLICÍA
Decisión:	Sentencia niega pretensiones de la demanda
Tema:	Modificación actas de Junta Médico Laboral y Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar SENTENCIA ANTICIPADA de PRIMERA INSTANCIA dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor JHON GALILEO GARCÍA LARGO, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 1.112.906.477, a través de su guardador HERNÁN GARCÍA CUERVO, identificado con C.C. 6.281.567, en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL-JUNTA MÉDICO LABORAL DEL EJÉRCITO y la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-TRIBUNAL MÉDICO LABORAL DE REVISIÓN MILITAR Y DE POLICÍA

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 1 a 23, archivo 2 y archivo 7, expediente digital):

El demandante solicitó que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) acta de Junta Médico Laboral del Ejército Nacional No. 114706, realizada al señor Jhon Galileo García Largo el 18 de diciembre de 2019, a través del cual determinó la disminución de la capacidad laboral en 10%; y ii) acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. TML20-1-246-TML21-1-800, de fecha 20 de octubre de 2021, que ratificó la decisión anterior.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la demandada a expedir una nueva acta de calificación de la disminución de la capacidad laboral del demandante en la que se tenga en cuenta la esquizofrenia paranoide y solicitó que las condenas que se ordenen sean conforme con lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, el apoderado del extremo activo adujo que el señor Jhon Galileo García Largo se incorporó al Ejército Nacional el 16 de agosto de 2016 como soldado bachiller y fue remitido al Batallón de Apoyo y Servicio para el Combate No. 22, ubicado en San José del Guaviare.

Indicó que el 22 de agosto de 2017 se encontraba de permiso en su hogar ubicado en el municipio del Cairo, Valle, donde sus padres notaron un comportamiento raro, por lo que lo llevaron al Hospital Santa Catalina de dicho municipio.

Señaló que en la historia clínica se indicó “...PACIENTE DE SEXO MASCULINO TRAI DO POR SU MADRE...ALTERACIÓN DE SU COMPORTAMIENTO, IDEAS DE AGRESIÓN A TERCERO Y DE AUTOAGRESIÓN, CAMBIOS EN EL ESTADO DE ÁNIMO, CONSUMO DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS. ...SE DEJA EN OBSERVACIÓN... ADMINISTRA DOSIS INIDIAL DE HALOPERIDOS...INICIA TRÁMITE REMISIÓN PARA VALORACIÓN POR PSIQUIATRÍA...”, e indicó que fue autorizado para ser remitido al Hospital Mental de Pereira, Risaralda.

Expediente:	11001-3342-051-2022-00060-00
Demandante:	JHON GALILEO GARCÍA LARGO
Guardador:	HERNÁN GARCÍA CUERVO
Demandado:	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL-JUNTA MÉDICO LABORAL DEL EJÉRCITO Y OTRO

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Sostuvo que el médico psiquiatra Wolmar Olmedo Tapasco del Hospital Mental indicó que el demandante “(i) se encuentra hospitalizado en nuestra institución desde el 23 de agosto de 2017; tiene como diagnóstico: EPISODIO PSICOTICO AGUDO; (ii) por el momento no se ha definido una fecha estimada para su egreso. Posteriormente requerirá tratamiento y seguimiento por la especialidad por tiempo indefinido; (iii); “...MADRE REFIERE EL TIENE UN COMPORTAMIENTO MUY AGRESIVO... “...YO TENGO UN PERRITO, ME LO VOLVIÓ UNA NADA, LO TRASQUILLO, ME LO QUERIA QUEMAR...”; (iv) el historial médico registra “PACIENTE CON ANTECEDENTE DE CONSUMO DE SPA (CANABIS), ANTERACCIONES EN EL SUEÑO, MADRE EMPEZO A VERLO DESCONTROLADO, GOLPEABA LAS PAREDES, HABLA SOLO, LA AMENAZABA DE MUERTE, LA MIRABA CON ODIO, ESTABA HACIENDO UN HUECO EN EL PATIO Y TENIA UN MACHETE Y AMENAZA CON ASESINAR A LA MADRE...”; (v) Así mismo la historia clínica, rezo en su diagnóstico “1. ESQUIZOFRENIA PARANOIDE... se ha pensado inicialmente en cuadro reactivo a exotividad, pero la intensidad de los síntomas, la persistencia a pesar de distintos antipsicóticos que llevaron a la necesidad de titular clozapina y la residual de síntomas de índole negativo hacen pensar en la posibilidad de un trastorno psicótico mayor emergente que requiere seguimiento longitudinal...”; (vi) Durante la entrevista se observa rigidez motora; (vii) El 7 de septiembre de 2017 se registró “...a la hora del traslado se torna marcadamente hostil, agresivo, muerde a uno de los vigilantes, se decide ordenar sedación con midazol...” posteriormente el 13 de septiembre de 2017 el médico JUAN CARLOS CORREA ARBELAEZ indicó “...paciente inestable, insome, perturbador, tomado agua de la tasa del baño, se ordena tratamiento adicional...”; (viii); El 11 de octubre de 2017, se ordena la salida del paciente, indicando que se debe continuar el seguimiento por psiquiatría externa antes de un mes.”

Manifestó que el padre del demandante, señor Hernán García Cuervo, aportó la historia clínica al comandante Bernardo Alberto Lozano Ramírez del BASPC “Benedicto Triana” en la que se informa que el actor fue diagnosticado con esquizofrenia paranoide, por lo que recibió del comandante el Acta No. 2549 de entrega de dinero.

Señaló que el Batallón de Cartago, Valle negó la atención médica psiquiátrica al demandante, por lo que presentó acción de tutela, para lo cual el Juzgado 1º Civil del Circuito de Cartago amparó su derecho a la salud y ordenó la atención integral para la recuperación del diagnóstico de esquizofrenia.

Afirmó que el Juzgado 1º Promiscuo de Familia de Cartago, mediante providencia del 4 de julio de 2019, declaró interdicto por discapacidad mental a Jhon Galileo García Largo y nombró al padre, Hernán García Cuervo, como guardador de aquel.

Relató que mediante otra acción de tutela se amparó su derecho al debido proceso y se ordenó al Ejército Nacional elaborar el informe administrativo por lesión y practicar la Junta Médico Laboral.

Indicó que el informe administrativo por lesiones fue elaborado por el comandante del Batallón de San José del Guaviare el 29 de noviembre de 2019, en el cual calificó las lesiones conforme al literal a) del Artículo 24 del Decreto 1976 de 2000, esto es, en el servicio, pero no por causa y razón del mismo.

Informó que, el 19 de diciembre de 2019, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional practicó Junta Médico Laboral No. 114706, en la que determinó al demandante con una pérdida de la capacidad laboral del 10%; mencionó que en dicha acta se destacó i) un trastorno mental y del comportamiento secundario a consumo de múltiples sustancias asociado a episodio psicótico inesperado, valorado por psiquiatría en comité, actualmente asintomático según concepto No. 175009/2019; ii) no apto para actividad militar; iii) produce una disminución de la capacidad laboral del 10%; iv) lesión ocurrió en servicio, pero no por causa del mismo; y v) puede desempeñar actividades en la vida civil desacuerdo a su perfil ocupacional.

Relató que el guardador del demandante presentó solicitud de convocatoria del Tribunal Médico Laboral, pues consideró que la Junta Médico Laboral No. 114706 i) omitió valorar la sentencia judicial en la que el demandante fue declarado interdicto por no tener capacidad por padecer esquizofrenia paranoide y ii) desconoció el debido proceso, pues no valoró en conjunto los conceptos médicos, las historias clínicas y las sentencias judiciales que fueron allegadas.

Expediente:	11001-3342-051-2022-00060-00
Demandante:	JHON GALILEO GARCÍA LARGO
Guardador:	HERNÁN GARCÍA CUERVO
Demandado:	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL-JUNTA MÉDICO LABORAL DEL EJÉRCITO Y OTRO

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Explicó que, el 22 de octubre de 2021, el Tribunal Médico Laboral decidió ratificar los resultados de la decisión de primera instancia e indicó que, respecto del antecedente de la patología mental no calificada en la Junta Médico Laboral, se evidencia que fue diagnosticada desde el 2019, es decir, 2 años después de su retiro.

Estableció que el Tribunal Médico Laboral, mediante el acta de revisión No. TML20-1-246-TML21-1-800, desconoció los fallos judiciales y los demás antecedentes clínicos aportados por la parte demandante.

Por lo anterior, solicitó revocar el acta del Tribunal Médico Laboral y se ordene la expedición de un nuevo acto administrativo de disminución de la capacidad laboral del señor Jhon Galileo García Largo, en la que se califique la esquizofrenia paranoide, pues el Ejército Nacional sí conoció en tiempo dicha patología padecida por el conscripto.

2.3. NORMAS VIOLADAS

- Constitución Política de Colombia, Artículo 29.
- Código General del Proceso, Artículo 167.
- Ley 1437 de 2011.
- Decreto 1836 de 1979, Artículos 6, 7, 13, 14m 15.
- Decreto 094 de 1989.
- Decreto 1796 de 2000.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El apoderado del actor sostuvo que no es de recibo que en el acta del Tribunal de Médico Laboral no haya calificado la esquizofrenia paranoide, pues desconoció que en el proceso judicial de interdicción fue dictaminado con dicha patología, de ahí que se haya decidido si condición de interdicción, para lo cual se determinó que debía ser representado en sus actos por el señor Hernán García Cuervo.

Agregó que el no calificar la patología de esquizofrenia paranoide del actor por haber sido diagnosticada dos años después de su retiro no tiene sustento probatorio, toda vez que el Juzgado 1° Civil Municipal de Cartago ordenó a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional la atención integral del demandante respecto de la patología *“esquizofrenias...trastornos mentales y del comportamiento debido al consumo de cannabinoides: trastorno psicótico”*; y además, mediante escrito presentado el 6 de septiembre de 2017 por el señor Hernán García Cuervo al comandante del Batallón de Apoyo y Servicio de San José del Guaviare, se informó el estado de salud de Jhon Galileo García Largo.

Indicó que el 10 de julio de 2019 se allegó al COPER del Ejército Nacional la ficha médica debidamente diligenciada con los conceptos, huella, firmas y demás, como eran los fallos de tutela que ordenaban la práctica de la junta médica; y que, el 18 de diciembre de 2019, se practicó entrevista por psiquiatría en la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, oportunidad en la que se entregó copia del fallo donde se nombra al señor Hernán García como guardador del demandante.

Mencionó que los especialistas de la Junta Médico Laboral solo hacen referencia al concepto de psiquiatría 175009-2019, pero no hacen alusión a las entrevistas de psiquiatría, historias clínicas, la sentencia que declara la interdicción, por lo que se configura una indebida valoración probatoria que termina con un acto administrativo ilegal.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Admitida la demanda mediante auto del 7 de julio de 2022 (archivo 110 expediente digital), y notificada en debida forma, conforme lo dispuesto en el referido auto admisorio (archivo 13 expediente digital), la entidad demandada presentó escrito de contestación (archivo 14 expediente digital).

Como fundamentos de defensa, el apoderado de la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones e indicó que las decisiones adoptadas por las autoridades de medicina laboral se

Expediente:	11001-3342-051-2022-00060-00
Demandante:	JHON GALILEO GARCÍA LARGO
Guardador:	HERNÁN GARCÍA CUERVO
Demandado:	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL-JUNTA MÉDICO LABORAL DEL EJÉRCITO Y OTRO

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

realizaron con fundamento en una acción de tutela presentada por el actor, por lo que la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, mediante acta de la Junta Médica Laboral del 18 de diciembre de 2019, valoró al demandante de acuerdo con los conceptos emitidos por los especialistas tratantes de psiquiatría (Comité BASAN) y precisó que la evaluación de la afección por psiquiatría se realiza 2 años después del retiro de la Institución.

Señaló que en el concepto de psiquiatría por parte del Comité BASAN se consignó lo siguiente:

“PACIENTE CON ANTECEDENTE DE CONSUMO DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS DESDE LOS 14 AÑOS MARIHUANA INHALANTE BAZUCO DURANTE EL SERVICIO MILITAR A LOS 8 MESES PRESENTO LENGUAJE INCOHERENTE CONDUCTAS INADECUADAS IDEACION DELIRANTE PERSECUTORIA AL SALIR DE PERMISO A SU CASA EN AGOSTO 2017 PRESENTO POSTERIOR A SU RETIRO AGRESIÓN HACIA LA MADRE Y SINTOMAS DESCRITOS POR LO CUAL HOSPITALIZAN EN HOSPITAL MENTAL DE PEREIRA DURANTE 2 MESES Y CONTINUO CONTROLES AMBULATORIOS EN TOTAL 3 HOSPITALIZACIONES LA ULTIMA EN SEPTIEMBRE DE 2019 MANEJO FARMACOLÓGICO CON CLONAZEPAN Y PIPOTIAZINA DURANTE LAS HOSPITALIZACIONES HA PRESENTADO SINTOMAS DE PENSAMIENTO QUE SE CONTROLAN AL SUSPENDER CON MANEJO Y REPORTA MEJORA DE SUS SINTOMAS ACTUALMENTE QUE SE ENCUENTRA SIN CONSUMO...”

Manifestó que la competencia del Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía, según el Artículo 21 del Decreto 1796 de 2000, se circunscribe a actuar como última instancia de las reclamaciones que surjan contra las decisiones de las Juntas Medico Laborales, por lo que es improcedente subsumir elementos probatorios como lo pretende el actor allegando una sentencia que declara la interdicción del señor Jhon Galileo García Largo.

Sostuvo que, de acuerdo con el régimen especial, los soportes que deben allegarse para la elaboración del acta de la Junta Medico Laboral son taxativos, por lo que, en consecuencia, no es admisible allegar la sentencia judicial de interdicción y pretender con esta una nueva valoración y calificación de la enfermedad mental del demandante, la cual es de origen común dado, a juicio de la defensa, el consumo de sustancias psicoactivas.

2.6. DECRETO DE PRUEBAS, FIJACIÓN DEL LITIGIO Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio del Auto Interlocutorio No. 376 del 3 de agosto de 2023 (archivo 33 expediente digital), el despacho tuvo como pruebas los documentos aportados con la demanda y la contestación, fijó el litigio del presente asunto y dispuso correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para presentar escrito de alegaciones finales.

Alegatos de la parte actora: No presentó alegatos de conclusión.

Alegatos de la entidad demandada No presentó alegatos de conclusión.

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se circunscribe a determinar la legalidad de los actos administrativos demandados y el restablecimiento del derecho deprecado para lo cual se establecerá si es procedente que el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía del Ejército Nacional tenga en cuenta para efectos de evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral del demandante, Jhon Galileo García Lago, el diagnóstico de la esquizofrenia paranoide.

3.2. DEL FONDO DEL ASUNTO

Para resolver el problema jurídico planteado se efectuará, en primera medida, un recuento del material probatorio arrojado al plenario; posteriormente, se realizará un análisis normativo de la evaluación de la capacidad psicofísica de los miembros de la Fuerza Pública y de la pérdida de capacidad laboral; y, finalmente, se resolverá lo correspondiente en el caso concreto.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00060-00
Demandante: JHON GALILEO GARCÍA LARGO
Guardador: HERNÁN GARCÍA CUERVO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL-JUNTA MÉDICO LABORAL DEL EJÉRCITO Y OTRO

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

3.2.1. Del acervo probatorio

Del material probatorio arrimado al plenario, se destaca:

- Providencia proferida por el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Cartago, a través de la cual se declaró la interdicción judicial por discapacidad mental absoluta (págs. 25 y 26, archivo 2 expediente digital).
- Acta de Junta Médico Laboral No. 114706 del 18 de diciembre de 2019 de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, mediante la cual se concluyó lo siguiente (págs. 29 a 32, archivo 2 expediente digital):

“A- DIAGNOSTICO POSITIVO DE LAS LESIONES O AFECCIONES:

1) TRASTORNO MENTAL Y DEL COMPORTAMIENTO SECUNDARIO A CONSUMO DE MULTIPLES SUSTANCIAS ASOCIADO A EPISODIO PSICOTICO INESPECIFICO, VALORADO POR PSIQUIATRIA EN COMITÉ BASAN, ACTUALMENTE ASINTOMATICO SEGÚN CONCEPTO N° 175009/2019. FIN DE LA TRASCIPCION.

-

B. Clasificación de las lesiones o afecciones y calificación de capacidad psicofísica para el servicio

INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL

NO APTO - NO APTO PARA ACTIVIDAD MILITAR SEGÚN ARTICULO 59° LITERAL C Y ARTICULO 60° LITERAL A, B Y C DEL DECRETO 0094 DE 1989.

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral

LE PRODUCE UNA DISMINUCION DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL DIEZ POR CIENTO (10%)

D. Imputabilidad del servicio

LESION-1 OCURRIO EN EL SERVICIO PERO NO POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO. LITERAL (A)(AC)

E. Fijación de los correspondientes índices

DE ACUERDO AL ARTICULO 15 DEL DECRETO 1796 DEL 14-SEP-2000, LE CORRESPONDE POR: 1-). NUMERAL 3-028 INDICE DOS (2).

NOTA: PUEDE DESEMPEÑAR ACTIVIDADES EN LA VIDA CIVIL DE ACUERDO A EVALUACION DE SU PERFIL OCUPACIONAL.

- Recurso de apelación contra la decisión contenida en el acta de Junta Médico Laboral No. 114706 (págs. 33 a 50, archivo 2 expediente digital).
- Acta de Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. TML20-1-246-TML21-1-800 del 20 de octubre de 2021, en la cual se consideró, entre otros, lo siguiente (págs. 52 a 59, archivo 2 expediente digital):

“(…)15. El 26 de septiembre de 2021 Tribunal Médico Laboral recibe correo electrónico recibe correo electrónico RE 20210928031648, remitido de juridicadisaeejercito@ejercito.mil.co, anexo de copia de hoja de seguridad N°. 194758, que registra concepto emitido por Junta Médico. Científica por comité de Psiquiatría realizado el 23 de junio de 2021, en la cual participan Médicos Psiquiatras, quienes al practicarle anamnesis y examen mental conceptuaron “...antecedente de consumo de cannabinoides desde los 14 años, alucinaciones auditivas, episodio psicótico agudo, con valoraciones en unidades mentales por síntomas psicóticos. Recibe tratamiento con Clozapina y Pipotiazina, refiere estabilización con medicamentos. Ha requerido aproximadamente 8 hospitalizaciones por conductas heteroagresivas. De acuerdo a valoraciones aportadas emiten diagnóstico: trastorno mental por consumo de sustancias psicoactivas, paciente admite persistencia de consumo...”. De acuerdo a la anterior valoración, el comité de psiquiatría confirma el diagnóstico de trastorno mental por consumo de cannabinoides. Por lo anterior, esta Sala decide **RATIFICAR** lo asignado por la primera instancia por ser acorde al estado del calificado durante el tiempo y la permanencia del servicio militar. Con respecto al origen se considera enfermedad común, Literal A, sin relación con el servicio prestado.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

(...)

17. Con respecto a la aptitud el calificado es **NO APTO** para la actividad militar de conformidad con el artículo 59 literal c. ordinal 1 y artículo 68 literal a y b, del Decreto 094 de 1989.

(...) DECISIONES

Por las razones anteriormente expuestas, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía decide por unanimidad RATIFICAR los resultados de la Junta Médico Laboral No. 114706 del 18 de diciembre de 2019 realizada en la ciudad de Bogotá.”

- Diagnósticos médicos del demandante (págs. 61 a 66, archivo 2 expediente digital).
- Orden Administrativa de Personal No. 2082 del 22 de agosto de 2017, en la que se dispone desacuartelar a unos soldados dragoneantes y bachilleres (págs. 67 a 69, archivo 2 expediente digital).
- Al proceso se allegaron los antecedentes administrativos -ficha médica, concepto por la especialidad de psiquiatría- de las actas de calificación proferidas respecto del demandante (archivo 28 expediente digital).

3.2.2. De la evaluación de la capacidad psicofísica de los miembros de la Fuerza pública

De acuerdo con los Artículos 217 y 218 de la Constitución, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional tienen un régimen especial en materia prestacional, disciplinaria y de carrera¹. El sistema normativo que establece las condiciones de acceso y permanencia, así como las causales de retiro aplicables a los miembros de la Fuerza Pública lo conforman los Decretos leyes 1791, 1793 y 1796 de 2000², la Ley 923³ y el Decreto 4433 de 2004⁴.

En materia de determinación y evaluación de la capacidad psicofísica, el Decreto Ley 1796 de 2000 la define como el “(...) conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas a quienes se les aplique el presente decreto, para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones. La capacidad sicofísica del personal de que trata el presente decreto será valorada con criterios laborales y de salud ocupacional, por parte de las autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”⁵.

Según el Artículo 3° del mismo decreto, se considera *apto* quien presente las condiciones psicofísicas que permitan desarrollar “normal y eficientemente” la actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones; *aplazado*, quien a pesar de tener alguna lesión o enfermedad, mediante tratamiento pueda recuperar su capacidad psicofísica para el desempeño de la actividad; y *no apto* “quien presente alguna alteración sicofísica que no le permita desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones”.

¹ Constitución Política. “Artículo 218: La ley organizará el cuerpo de policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario”.

² “Por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública (...)”.

³ “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política”.

⁴ “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”.

⁵ Art. 2.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

A su turno, el Artículo 15⁶ determina que la competencia para evaluar la capacidad psicofísica está a cargo de las Juntas Médico-Laborales Militares y de Policía⁷ a quienes les corresponde, en primera instancia, fijar los índices de lesión, realizar la valoración de las secuelas, clasificar el tipo de incapacidad y calificar la aptitud para el servicio (apto, aplazado, no apto), “*pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite*”. De las reclamaciones contra los dictámenes conoce el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía⁸, organismo competente para ratificar, modificar o revocar tales decisiones⁹.

3.2.3. De la pérdida de capacidad laboral

La calificación de la pérdida de capacidad laboral debe ser entendida como un mecanismo que permite establecer el porcentaje de afectación del “*conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico*.”¹⁰.

Es pertinente mencionar que la calificación de la pérdida de capacidad laboral debe tener en cuenta las condiciones específicas de la persona, apreciadas en su conjunto, sin que sea posible establecer diferencias en razón al origen, profesional o común, de los factores de incapacidad. En ese mismo sentido, esta valoración puede tener lugar no solo como consecuencia directa de una enfermedad o accidente de trabajo, claramente identificado, sino, también, de patologías que resulten de la evolución posterior de esta enfermedad o accidente, o, a su vez, por una situación de salud distinta que puede tener un origen común.

La valoración de la disminución de la capacidad laboral para los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía se rige por una normatividad especial, en este caso, las previsiones de los Decreto 094 de 1989 y 1796 de 2000, que regulan la capacidad sicofísica, incapacidades, invalidez e indemnizaciones de dicho personal.

De acuerdo con lo consagrado en tales preceptos, el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral cuenta con 2 fases. El Decreto 1796 de 2000, en su Artículo 16, establece que para comenzar el proceso de valoración de la pérdida de capacidad laboral como consecuencia del padecimiento de una enfermedad o la ocurrencia de un accidente de trabajo se debe contar con un diagnóstico definitivo lo cual supone que se haya adelantado y culminado un tratamiento y rehabilitación o aún sin terminarlos y se obtenga un concepto médico desfavorable de recuperación o mejoría.

Una vez se cuente con el concepto o valoración médica, se debe proceder a realizar la Junta Médica Laboral dentro de los 90 días siguientes (*Parágrafo art. 16 Decreto 1796 de 2000*), por alguna de las causales previstas en el Artículo 19 *ibidem*, que corresponde a la primera fase; la entidad puede retirar al uniformado dentro de los tres meses siguientes a que se emita el concepto de disminución de la capacidad laboral.

En caso de no estar de acuerdo con la calificación, el interesado podrá manifestar su inconformidad solicitando la convocatoria del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía¹¹; en esta segunda fase, a partir de que se emita el concepto de disminución de capacidad laboral, nuevamente la entidad cuenta con tres meses para adoptar decisiones con base en este.

⁶ “Junta Medico-Laboral Militar o de Policía. Sus funciones son en primera instancia: 1. Valorar y registrar las secuelas definitivas de las lesiones o afecciones diagnosticadas; 2. Clasificar el tipo de incapacidad sicofísica y aptitud para el servicio, pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite; 3. Determinar la disminución de la capacidad psicofísica; 4. Calificar la enfermedad según sea profesional o común; 5. Registrar la imputabilidad al servicio de acuerdo con el Informe Administrativo por Lesiones; 6. Fijar los correspondientes índices de lesión si hubiere lugar a ello; 7. Las demás que le sean asignadas por Ley o reglamento”.

⁷ De acuerdo con el artículo 17 del Decreto 1796 de 2000, esa Junta está integrada por tres (3) médicos de planta de la Dirección de Sanidad de la respectiva Fuerza o de la Policía Nacional.

⁸ Conformado por los Directores de Sanidad del Ejército, de la Fuerza Aérea, de la Armada Nacional y de la Policía Nacional, si fueren médicos, y por el médico del Estado Mayor Conjunto, para un total de 5 miembros con voto; además, hay un asesor jurídico del Ministerio de Defensa que participa con voz pero sin voto. Este asunto se encuentra regulado en el artículo 26 del decreto 094 de 1989.

⁹ “Artículo 21. Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía. El Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía conocerá en última instancia de las reclamaciones que surjan contra las decisiones de las Juntas Médico-Laborales y en consecuencia podrá ratificar, modificar o revocar tales decisiones. Así mismo, conocerá en única instancia la revisión de la pensión por solicitud del pensionado”.

¹⁰ Artículo 2 del Decreto 1796 de 2000

¹¹ Artículo 29 del Decreto 094 de 1989 por remisión del parágrafo 2 del artículo 21 del Decreto 1796 de 2000.

Expediente:	11001-3342-051-2022-00060-00
Demandante:	JHON GALILEO GARCÍA LARGO
Guardador:	HERNÁN GARCÍA CUERVO
Demandado:	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL-JUNTA MÉDICO LABORAL DEL EJÉRCITO Y OTRO

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

3.2.4. Del caso concreto

Del material probatorio aportado al proceso se pudo establecer que el demandante prestó su servicio militar obligatorio y fue retirado por desacuartelamiento, pues cumplió el tiempo de servicio militar, según se evidencia en la OAP No. 2082 del 22 de agosto de 2017 (págs. 67 a 69, archivo 2 expediente digital).

Según los diagnósticos aportados en la demanda, se tiene que el demandante fue diagnosticado con esquizofrenia paranoide, según los diagnósticos aportados a la demanda de los médicos psiquiatras Jaime Alberto Adams Dueñas y Francisco José Flórez Ramírez de marzo y septiembre de 2019, respectivamente, este último realizado con destino al Juzgado 1º Promiscuo de Familia de Cartago dentro del proceso de interdicción judicial (págs. 61 a 66, archivo 2 expediente digital).

De igual manera, se observa el acta de Junta Médico Laboral No. 114706 del 18 de diciembre de 2019 de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, en la que se define que el demandante padece una disminución de capacidad laboral del 10% con base en los diagnósticos: *“1) TRASTORNO MENTAL Y DEL COMPORTAMIENTO SECUNDARIO A CONSUMO DE MULTIPLES SUSTANCIAS ASOCIADO A EPISODIO PSICOTICO INESPECIFICO, VALORADO POR PSIQUIATRIA EN COMITÉ BASAN, ACTUALMENTE ASINTOMATICO SEGÚN CONCEPTO N° 175009/2019. FIN DE LA TRASCRIPCION”*, el cual fue considerado como enfermedad de origen común (págs. 29 a 32, archivo 2 expediente digital).

La anterior decisión fue ratificada en el acta de Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. TML20-1-246-TML21-1-800 del 20 de octubre de 2021, por lo que el actor fue declarado no apto para la actividad militar (págs. 52 a 59, archivo 2 expediente digital).

Dicho ello, se tiene que la parte demandante no se encuentra conforme con el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral con el cual lo dictaminó la Junta Médico Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, pues las patologías fueron calificadas como ocurridas en el servicio, pero no por causa y razón del mismo, es decir, como enfermedad de origen común.

Teniendo en cuenta lo anterior, no se advierte que en la demanda se haya aportado un dictamen de pérdida de la capacidad laboral realizado al actor que permita contrarrestar las decisiones emitidas por la Junta Médico Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, ni se evidencia que se haya solicitado la práctica del mismo dentro del presente proceso, lo cual es indispensable para que en esta instancia pueda controvertirse el dictamen emitido por las autoridades demandadas.

Al respecto, debe indicarse que el Artículo 227 de C.G.P. señala que la parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas y que el dictamen deberá ser emitido por institución o profesional especializado.

Ahora bien, dada la normatividad que regula al demandante-Decreto 1796 de 2000¹²-, es del caso señalar que en los Artículos 19, 20 y 21 del Decreto 094 de 1989 se establecen cuáles son las autoridades médico laborales que se encargan de establecer la capacidad psicofísica del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, soldados, grumetes, agentes, alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, siendo las Juntas Médico-Laborales y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar las encargadas de valorar si existe una disminución de la capacidad laboral que pueda derivar en alguna incapacidad o invalidez.

En tal medida, inicialmente la competencia para determinar la capacidad psicofísica de los miembros de la Fuerza Pública le corresponde a las autoridades militares. Sin embargo, el Consejo de Estado le ha otorgado valor probatorio a los dictámenes de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, decretados en el curso de los procesos instaurados por miembros de la Fuerza Pública, para que obre en el proceso un informe técnico por parte del médico legista sobre la incapacidad laboral. En tal sentido, ha indicado dicha Corporación que las autoridades judiciales pueden

¹² El Artículo 48 de dicha norma, señaló: *Hasta tanto el Gobierno Nacional determine lo correspondiente a la valoración y calificación del personal que trata el presente decreto, los criterios de calificación de la capacidad psicofísica, de disminución de la capacidad laboral e indemnizaciones y de la clasificación de las lesiones y afecciones, continuarán vigentes los artículos 47 al 88 del decreto 094 de 1989, excepto el artículo 70 de la misma norma.*

Expediente:	11001-3342-051-2022-00060-00
Demandante:	JHON GALILEO GARCÍA LARGO
Guardador:	HERNÁN GARCÍA CUERVO
Demandado:	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL-JUNTA MÉDICO LABORAL DEL EJÉRCITO Y OTRO

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

otorgar valor probatorio a las actas de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, aunque el interesado pertenezca al régimen especial de la Fuerza Pública, caso en el cual el dictamen deberá valorarse como prueba pericial en conjunto con el acervo probatorio y acorde con las reglas de la sana crítica¹³.

Sobre la idoneidad de la prueba antes mencionada, es preciso señalar que retomando lo dicho por el Consejo de Estado, en tratándose de prueba pericial, ésta busca la verificación de hechos que interesen al proceso y que requieran conocimientos científicos, técnicos o artísticos, de tal manera que aporten al proceso elementos de juicio ajenos al saber jurídico, para resolver la controversia jurídica¹⁴.

Sobre las características que debe tener la prueba pericial, la Corte Constitucional, en Sentencia T-274 de 2012, señaló:

“32. De acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, la prueba pericial se caracteriza por: i) expresar conceptos cualificados de expertos en materias científicas, técnicas o artísticas, pero bajo ningún punto sobre aspectos jurídicos (artículo 236, numeral 1º), pues es evidente que el juez no requiere apoyo en la disciplina que le es propia; ii) quien lo emite no expresa hechos, sino conceptos técnicos relevantes en el proceso. En efecto, a los peritos no les consta la situación fáctica que origina la intervención judicial, puesto que, a pesar de que pueden pedir información sobre los hechos sometidos a controversia, su intervención tiene como objetivo emitir juicios especializados que ilustran al juez sobre aspectos que son ajenos a su saber. Esto es precisamente lo que diferencia el dictamen pericial del testimonio técnico, porque mientras en el segundo se han percibido los hechos, el primero resulta ajeno a ellos (artículos 213 y siguientes); iii) es un concepto especializado imparcial, puesto que el hecho de que los peritos están sometidos a las mismas causales de impedimentos y recusaciones que los jueces muestra que deben ser terceros ajenos a la contienda (artículo 235); iv) se practica por encargo judicial previo, de ahí que claramente se deduce que no es una manifestación de conocimientos espontánea ni su contenido puede corresponder a la voluntad de una de las partes (artículo 236, numeral 2º); v) ser motivado en forma clara, oportuna, detallada y suficientemente (artículo 237) y, vi) para que pueda ser valorado judicialmente, esto es, para que pueda atribuírsele eficacia probatoria requiere haberse sometido a las condiciones y al procedimiento establecido en la ley y, en especial, a la contradicción por la contraparte (artículos 236 a 241)¹⁵.” Subraya fuera de texto.

Y, mediante Sentencia T-545 de 2014, la misma Corporación hizo referencia a los eventos en los cuales el criterio de un médico externo es vinculante ante la entidad prestadora:

“En síntesis, la providencia dejó en claro que el concepto de un médico particular obliga si:

- a. La entidad conoce la historia clínica particular de la persona y, al tener noticia de la opinión emitida por un médico ajeno a su red de servicios, no la descarta con base en información científica.
- b. Los médicos adscritos valoraron inadecuadamente a la persona que requiere el servicio.
- c. El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión.
- d. La entidad ha valorado y aceptado los conceptos de médicos no inscritos como “tratante”, incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.¹⁶

En tales casos, el concepto médico externo vincula a la entidad prestadora del servicio, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones suficientes, razonables y científicas, adoptadas en el contexto del caso concreto¹⁷. Tal resultado puede ser derivado del concepto de uno o varios médicos adscritos a la EPS.(...)”

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente: César Palomino Cortés, Sentencia del 9 de septiembre de 2021, Proceso 25000-23-42-000-2014-02760-01(0533-16).

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente: César Palomino Cortés, Sentencia del 9 de septiembre de 2021, Proceso 25000-23-42-000-2014-02760-01(0533-16).

¹⁵ Sentencia T-417 de 2008.

¹⁶ Cfr. T-1138 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-662 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil entre otras.

¹⁷ En la sentencia T-500 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, por ejemplo la Corte consideró que el concepto emitido por un médico contratado por la accionante, según el cual era necesario practicar un examen diagnóstico (biopsia) para determinar la causa del malestar que sufría la persona (un brote crónico que padece en la frente que le generaba “una picazón desesperante”), obligaba a la E.P.S., que había considerado la patología en cuestión como de “carácter estético” sin que hubiera ofrecido argumentos técnicos que fundamentaran dicha consideración, a evaluar la situación de la paciente adecuadamente, “(i) asignando un médico que tenga conocimiento especializado en este tipo de patologías y (ii) realizando los exámenes diagnósticos que éste eventualmente llegare a considerar necesarios”.

Expediente:	11001-3342-051-2022-00060-00
Demandante:	JHON GALILEO GARCÍA LARGO
Guardador:	HERNÁN GARCÍA CUERVO
Demandado:	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL-JUNTA MÉDICO LABORAL DEL EJÉRCITO Y OTRO

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Así pues, al proceso se allegaron unos diagnósticos clínicos de médicos psiquiatras respecto del demandante en los que se diagnostica con esquizofrenia paranoide al actor, mismo diagnóstico contenido en la historia clínica aportada al expediente. En ese sentido, al analizar tales documentos, se evidencia que dicha afección ocurrió cuando el actor prestó el servicio militar, pero no se evidencia que haya sido consecuencia de la actividad militar que ejerció, de ahí que las autoridades calificadoras la calificaran como de origen común.

En ese sentido, no se encuentra dentro del expediente una prueba en contrario que permita acreditar que las afecciones que reclama el demandante se hayan presentado por el servicio militar en cumplimiento de una decisión del Ejército Nacional, al contrario, tanto en la historia clínica como en los diagnósticos e, igualmente, en las actas de la Junta Médico Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía se refiere que el actor es un paciente con antecedente de consumo de cannabinoides y otras sustancias psicoactivas desde los 14 años, lo que le ha generado episodios psicóticos.

Por lo anterior, de la documental aportada no se evidencia alguna prueba idónea que permita establecer la pérdida de la capacidad laboral del demandante o controvertir los resultados de las actas de la Junta Médico Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía que aquí se discuten, pues, como se indicó anteriormente, el Consejo de Estado ha establecido que la prueba idónea para ello son los dictámenes de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, decretados en el curso de los procesos instaurados por miembros de la Fuerza Pública. En tal medida, al no contar con los elementos de juicio que permitan establecer si la calificación otorgada por las autoridades de la Fuerza Pública corresponde al estado real del actor, será del caso negar las pretensiones de la demanda.

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- No se condena en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente.

CUARTO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

LF

andresco2601@gmail.com

Expediente: 11001-3342-051-2022-00060-00
Demandante: JHON GALILEO GARCÍA LARGO
Guardador: HERNÁN GARCÍA CUERVO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL-JUNTA MÉDICO LABORAL DEL EJÉRCITO Y OTRO

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

yumedis_1974@hotmail.com
notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co
william.moya@mindefensa.gov.co
williammoyab2020@outlook.com

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **b3f0efb5c5a2af9af1d90043a099c1200dcc058c2f795633d6e10c9e6f69f70d**
Documento generado en 27/09/2023 08:35:47 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA No. 214	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00137-00
Demandante:	ORQUIDIA LILÍ SÁNCHEZ VILLAMIL
Demandado:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
Decisión:	Sentencia anticipada que accede parcialmente las pretensiones de la demanda
Tema:	Indemnización moratoria por el no pago oportuno de cesantías Ley 50 de 1990

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar **SENTENCIA ANTICIPADA** de **PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **ORQUIDIA LILÍ SÁNCHEZ VILLAMIL**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 37.626.200, contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 7 a 54 archivo 2 expediente digital)

La demandante solicitó la nulidad del acto administrativo ficto frente a la petición presentada ante la Secretaría de Educación de Bogotá el 7 de agosto de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 50 de 1990 y la indemnización por el pago tardío de los intereses de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se condene a la demandada a: i) reconocer y pagar la sanción por mora establecida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020; ii) reconocer y pagar 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 1176 de 1991; iii) reconocer y pagar 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, tomando como base la variación del IPC, de conformidad con el Artículo 187 del CPACA; iv) reconocer y pagar los intereses moratorios conforme al Artículo 193 del CPACA; v) dar cumplimiento al fallo dentro del término establecido en el Artículo 192 del CPACA; y vi) condenar en costas.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, la apoderada señaló lo siguiente:

Manifestó que la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero de 2021. Agregó que dichos términos no fueron cumplidos por la entidad demandada.

El 7 de agosto de 2021, la demandante 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 se resolvió

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

de forma negativa.

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, los actos administrativos acusados trasgreden las siguientes normas:

- Constitución Política Artículos 13 y 53.
- Ley 91 de 1989, Artículo 5 y 15.
- Ley 50 de 1990, Artículo 99.
- Ley 1955 de 2019, Artículo 57.
- Ley 52 de 1975, Artículo 1.
- Ley 344 de 1996, Artículo 13.
- Ley 432 de 1998, Artículo 5.
- Decreto Nacional 1176 de 1991, Artículo 3.
- Decreto Nacional 1582 de 1998, Artículos 1 y 2.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como concepto de violación, la apoderada sostuvo que, conforme a lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020 -CE-SUJ-SII-022-2020-, “*el nacimiento de la sanción por mora no está condicionado al reconocimiento de la cesantía, ocurriendo de pleno derecho por el incumplimiento del pago de parte del empleador dentro de los términos de ley*”.

Sostuvo que la finalidad de la Ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Corte Constitucional C-486 de 2016, SU-098 de 2018, SU-332 de 2019 y SU-041 de 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactiva a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar el 15 de febrero de cada anualidad.

Igualmente, hizo alusión a la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019, respecto de la cual resaltó que: “*los despachos judiciales accionados desconocieron que aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, y el Decreto 1252 de 2000, no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción, pues esta es la interpretación que más se ajusta a la Constitución*”.

Concluyó que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional se han pronunciado de manera unificada sobre la aplicabilidad del contenido del Artículo 99 de la ley 50 de 1990 a los docentes oficiales, habiendo encontrado que no existe ninguna razón para que, una vez vencido el 15 de febrero de cada anualidad, las cesantías de los maestros de régimen anualizado no sean consignadas al Fomag, pues el régimen de cesantías de los docentes y los demás servidores públicos del país es exacto; de hecho, el cambio de régimen retroactivo a régimen anualizado fue efectuado desde el 29 de diciembre de 1989 a los maestros, cuando el resto de servidores públicos del país fue realizado un año con posterioridad.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio No. 256 del 12 de mayo de 2022 (archivo 5 expediente digital), se procedió a efectuar la notificación en debida forma conforme lo dispuesto en la referida providencia a la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Distrito Capital- Secretaría de Educación (archivo 7 expediente digital), quienes contestaron la demanda dentro de la oportunidad legal.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.5.1. Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 8 expediente digital).

La apoderada de este ente ministerial se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Expuso que el régimen de cesantías del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio es el descrito en la Ley 91 de 1989, cuyos intereses son más altos que los que se pagan al régimen general.

Sostuvo que en el Fomag no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la misma vigencia presupuestal se descuenta del presupuesto de las entidades territoriales una doceava parte del situado fiscal para reservar el valor del pasivo prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías, por lo que se trata de un “prepago de las cesantías” mas no de una consignación en la vigencia siguiente, lo que descarta la sanción mora.

Por lo anterior, señaló que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de liquidación, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el Fomag antes del 1º de febrero de cada vigencia siguiente.

Sobre los intereses a las cesantías, indicó que el Fomag programa su pago de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador.

Respecto 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, señaló que: i) esa norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al Fomag; ii) aplicar a los docentes afiliados al Fomag la Ley 52 de 1975, desmejoraría sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías” debido a que las condiciones dadas por el régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general; iii) lo pretendido por la demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad o conglobamiento, esto es, la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece; iv) los empleadores de los docentes afiliados al Fomag son las entidades territoriales, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de empleador; y v) las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.

Indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 proferida por la Corte Constitucional no aplica a la parte actora, pues en ese caso la docente no había sido afiliada al Fomag, lo que lo hace distinto a la presente demanda.

2.5.2. Distrital Capital-Secretaría de Educación (archivo 9 expediente digital)

El apoderado de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda. Como fundamentos de su defensa, señaló que, a diferencia de lo dispuesto para los fondos privados de cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del Fomag tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados.

Sostuvo que, ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al Fomag, esto se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”, por lo que, en lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de Ley.

Señaló que no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para el escenario del Fomag, ya que lo que sanciona la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías, y al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del Fomag, de contera se descarta algún tipo de sanción.

Por otro lado, adujo que de conformidad con lo establecido por la Ley 91 de 1989, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003, los docentes del servicio público educativo que estén vinculados

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG. Lo anterior significa que, por un lado, los docentes forzosamente deben ser afiliados al FOMAG y a través de ese Fondo obtener el pago de sus prestaciones sociales y, por otra parte, sus cesantías deben ser reconocidas y pagadas de acuerdo a los procedimientos y reglamentación establecida para tales efectos. Es decir, el ordenamiento jurídico no prevé que los docentes tengan la posibilidad de elegir otro esquema o figura de administración de sus cesantías, sino que por voluntad expresa del legislador deben someterse al régimen especial previsto para el Magisterio, el cual no ha sido retirado del mundo jurídico por parte de algún alto tribunal.

Finalmente, solicitó al despacho negar las pretensiones de la demanda.

2.6. PRUEBAS, FIJACIÓN DEL LITIGIO Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio del Auto Interlocutorio No. 439 del 31 de agosto de 2023 (archivo 30 expediente digital), el despacho tuvo como pruebas las aportadas al proceso, fijó el litigio y, en firme dichas decisiones, dispuso correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para presentar escrito de alegaciones finales.

Parte demandante (archivo 32 expediente digital): reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Así mismo, aportó providencias judiciales que resuelven sobre la sanción moratoria que aquí se debate.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

El problema jurídico se circunscribe a determinar si la demandante, ORQUIDIA LILÍ SÁNCHEZ VILLAMIL, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en Ley 50 de 1990 y la indemnización por el no pago de los intereses de las cesantías prevista en la Ley 52 de 1975, por el presunto retardo en la consignación de las cesantías anualizadas y los intereses de las mismas, comprendidas entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 2020 así como los ajustes legales a los valores adeudados e intereses correspondientes.

3.2. Del marco normativo

3.2.1. Del régimen de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero únicamente respecto del tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942. El Decreto 2767 de 1945 hizo extensivas las cesantías a los empleados y obreros al servicio de los departamentos y municipios.

A su vez, el Artículo 1º de la Ley 65 de 1946 dispuso que «Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.» En el párrafo de esta norma, se extendió este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios.

Al amparo de dichas disposiciones, el auxilio de cesantía de los servidores públicos a nivel territorial debía liquidarse con retroactividad, pagando un mes de salario por cada año de servicio, computando todo el tiempo laborado y teniendo en cuenta el último salario devengado, a menos que haya tenido modificaciones en los últimos tres meses.

De otra parte, la liquidación del auxilio de cesantías fue reglamentada a través del Artículo 6º del Decreto 1160 de 1947 que indicó que: *“para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos*

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Hasta este momento, el ordenamiento jurídico no consagraba de manera específica para los docentes un régimen de liquidación de cesantías, razón por la cual dicho personal estaba sujeto a las normas prestacionales de los empleados públicos.

Con la expedición de la Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se determinó que dicha entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes.

En el Parágrafo del Artículo 2º de la Ley 91 se advirtió cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la misma:

“Parágrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.”

En similar sentido, respecto del régimen prestacional de los docentes nacionalizados, nacionales y aquellos que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, el Artículo 15 dispuso:

“Artículo 15º.- 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:

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 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, 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.”

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3 de este mismo Artículo consagró:

“3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, 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.”

De lo anterior se deduce que a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, y los docentes territoriales vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 se

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

En punto al tema, en reiteradas decisiones, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que los docentes oficiales vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, sin importar si fueron vinculados a través de un ente territorial, o si fueron financiados o cofinanciados, se deben acoger al régimen prestacional establecido en la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su Artículo 81 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 la presente ley”*.

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido Fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003 estableció:

“Artículo 1º.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1º.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (Negrilla fuera de texto).

Parágrafo 2º.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5º. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.”

Ahora bien, en sentencia del 18 de enero de 2018¹, el Consejo de Estado consideró que quienes se vincularon como docentes con posterioridad al 1º de enero de 1990 cuentan con un régimen

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Sentencia del 18 de enero de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 19001-33-31-000-2011-00305-01 (1733-2016). Demandante: Juvencio Chilito Chilito. Demandado: Departamento del Cauca.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

prestacional especial señalado en la Ley 91 de 1989 por lo que las cesantías a que tengan derecho se liquidan de forma anualmente sin retroactividad.

3.2.2. Del régimen anualizado de cesantías dispuesto en la Ley 50 de 1990.

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», dio un paso adicional encaminado a ampliar la cobertura del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para la generalidad de los servidores públicos, al consagrar, en su Artículo 13, lo siguiente:

“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”.

La norma vigente a la fecha de expedición de la previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo Artículo 99 consagró:

“Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

- 1. 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.
- 2. 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.
- 3. 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.
- 4. 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”.

De igual manera, es necesario indicar que el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los Artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus Artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, la Ley 432 de 1998, en sus Artículos 5 y siguientes. Así lo determinó:

“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”.

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores².

² Es decir, el sistema de liquidación retroactiva, consagrado en Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Asimismo, es necesario indicar que el Decreto 1252 de 2000, «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública», estableció lo siguiente:

“Artículo 1º.- Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías. Parágrafo. Los fondos o entidades públicas, incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo”.

Del caso concreto

En el caso concreto, están probados los siguientes hechos:

- La demandante es docente y según se desprende de las pruebas obrantes en el proceso su vinculación es de carácter territorial (archivos 23 a 26 expediente digital).
- Obra extracto de los intereses de las cesantías consignados a la parte actora, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 2, pág. 66 expediente digital):

INTERESES PAGADOS						
Año	DTF	Cesantías	Acumulado	Intereses	Fecha	Estado
2010	3.88%	637,887	637,887	24,750	10/03/2011	PRESENTE PAGO
2011	4.61%	1,418,650	2,056,537	94,806	21/03/2012	PRESENTE PAGO
2012	5.85%	1,489,583	3,546,120	207,448	27/03/2013	PRESENTE PAGO
2013	4.44%	1,540,826	5,086,946	225,860	25/06/2014	REPROGRAMACION POR ADICIONAL REALIZADO
2014	4.46%	1,715,004	6,801,950	303,367	18/03/2015	PRESENTE PAGO
2015	5.13%	1,925,955	8,727,905	447,742	12/03/2016	PRESENTE PAGO
2016	7.52%	2,724,710	4,452,615	334,837	17/03/2017	PRESENTE PAGO
2017	6.37%	2,969,078	2,969,078	189,130	16/03/2018	PRESENTE PAGO
2018	5.05%	3,463,761	6,432,839	324,858	19/03/2019	PRESENTE PAGO
2019	4.98%	3,745,839	10,178,678	506,898	24/03/2020	PRESENTE PAGO
2020	3.64%	3,991,446	14,170,124	515,793	27/03/2021	PRESENTE PAGO

PAGOS REALIZADOS				
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto
201103180080558	2011-03-18	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	24750
201205090102481	2012-05-09	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	94806
201304080060799	2013-04-08	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	207448
201403280059567	2014-03-28	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	225860
201406250000035	2014-06-25	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	225860
201503270062759	2015-03-27	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	303367
201603310064198	2016-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	447742
201703310062649	2017-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	334837
201803280062534	2018-03-28	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	189130
201903290062141	2019-03-29	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	324858
202003310060713	2020-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	506898
202103310059406	2021-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	515793

Ahora, en este punto es del caso traer a colación lo señalado por la Subsección B del Consejo de Estado³, frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, así:

“Según lo previsto en el artículo 115 de la Ley 155 de 1994, los docentes oficiales se benefician del reconocimiento del auxilio de cesantías de acuerdo con los parámetros establecidos por el artículo 15 (numeral 3) de la Ley 91 de 1989, norma en la que se distinguen, por un lado, los docentes que son beneficiarios del régimen de cesantías retroactivas y, por otro, a quienes se les aplica el régimen de cesantías anualizadas con pago de intereses y sin retroactividad.

Quiere decir lo anterior, que los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 gozan del régimen de cesantías anualizadas, prestación que desde la entrada en vigencia de la Ley

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 13 de noviembre de 2020, expediente 08001-23-33-000-2013-00394-01 , número interno 5156-16, M.P. Cesar Palomino Cortés.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

344 de 1996⁴, debe liquidarse de acuerdo con lo previsto por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es decir, anualmente y consignarse en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de mora (...)."

Así mismo, la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵ ha sostenido lo siguiente:

"En efecto, sobre ese particular, la Corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 sostuvo que el «hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política».

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando el «ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000». Y finalmente, concluyó:

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

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

[...]

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

Sumado a lo anterior, **el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios**

4 "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 Organos 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.

<Inciso 30. INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional".

⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2022, expediente 08001-23-33-000-2017-00795-01, número interno 2659-2020, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que hipótesis como las que ahora se encuentran bajo estudio pueden desconocer el derecho a la igualdad.

[...]

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

Asimismo, en Sentencia SU-332 de 2019 esa corporación también concluyó que:

52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990⁶.

Nuevamente, en el año 2023, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷, frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, indicó:

“(…) Conforme a la normativa transcrita se tiene entonces que los docentes oficiales que se vincularon a partir del 1°. de enero de 1990 les es aplicable el régimen de cesantías anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990, que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social con pago de intereses, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de retardo”.

Del mismo modo, recientemente, el Consejo de Estado⁸, al resolver una solicitud de tutela contra providencia judicial, acogió el principio de favorabilidad y consideró que es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales; así lo indicó:

“(…) Sin embargo, se resalta que la referida línea jurisprudencial fue modificada por vía de solicitud de tutela, al considerarse que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la prestación mencionada, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, para evitar incurrir en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso. (...)”

En este orden de ideas, se evidencia que en materia de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías anualizadas en favor de los docentes, si bien no existe una sentencia de unificación proferida por el alto tribunal de lo contencioso administrativo, la corporación ha sentado una línea pacífica al respecto que permite acceder al amparo solicitado, en tanto se desconoció la actual postura decisional en virtud de la cual a los docentes sí les aplican las disposiciones del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual resulta «más favorable respecto de los derechos laborales», máxime cuando el

⁶ Este mismo criterio se mantiene en la Subsección A del Consejo de Estado. Ver sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 08001-23-33-000-2015-80070-01 (1549-2021), M.P. Carmelo Perdomo Cueter.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de marzo de 2023, expediente 11001-03-15-000-2023-01063-00, MP Juan Enrique Bedoya Escobar.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ámbito de aplicación de la referida sanción moratoria se extiende a todos los empleados públicos.

Ello teniendo en cuenta que, pese a que el Tribunal accionado explicó las razones por las cuales acogió la tesis que en principio tenían la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la materia, esto es, negar el reconocimiento de la sanción moratoria en favor de los docentes en los términos de la Ley 50 de 1990 por pertenecer a un régimen especial, esta Sala de Decisión extraña una motivación suficiente que permita entender por qué se apartó de la tesis vigente, máxime, cuando les resulta beneficiosa frente a la protección integral que merecen sus derechos labores.”

También, la Corte Constitucional ha considerado que los docentes tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 50 de 1990; así lo señaló en la Sentencia SU-041 de 2020:

“5.1.6. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional antes reseñada, es posible concluir que: (i) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías; (ii) el reconocimiento de esta prestación económica frente a los miembros del magisterio ha operado tanto en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, como por extensión del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a través de la Ley 344 de 1996, reglamentada por los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000; (iii) en todas las acciones de tutela reseñadas, los docentes habían interpuesto demandas -hoy medio de control- de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de actos administrativos que les negaban el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, razón por la cual las decisiones en sede constitucional ordenaron su revocatoria y la expedición de nuevos fallos, en términos perentorios, que sí reconocieran la indemnización(...)” (Subraya el despacho).

Así las cosas, este despacho acoge el anterior criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el sentido de que, conforme al principio de favorabilidad, le es aplicable a los docentes el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Ahora bien, no pasa por alto el despacho que mediante Sentencia SU-573 de 2019, la Corte Constitucional indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 no constituye un precedente al caso allí estudiado, por considerar que no se evidenciaba *prima facie* una amenaza de vulneración de los derechos fundamentales y por ausencia de identidad fáctica que pudiera aplicarse al caso concreto. Sin embargo, al declarar la improcedencia de la acción de tutela, no definió de manera concreta los criterios a tener en cuenta para que se configure el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los docentes afiliados al Fomag y estimó que la interpretación y unificación de la jurisprudencia le corresponde al máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Es decir, dejó en manos de esta jurisdicción la decisión de la aplicación del Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual hasta la fecha no se ha dado. En tal sentido, no se puede concluir que la Sentencia SU-573 de 2019 constituya un precedente aplicable al *sub examine*.

Antes de entrar a analizar como incurrió la mora en el caso en concreto, es pertinente traer a colación las reglas dispuestas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en relación con el reconocimiento de cesantías y sanción moratoria prevista en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016⁹, en la que estableció lo siguiente:

“1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.

2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

⁹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero – Providencia del 25 de agosto de 2016 - Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16 - Actor: Yesenia Esther Hereira Castillo - Demandado: Municipio De Soledad.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- 3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.
- 4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.
- 5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.”

La citada decisión fue objeto de aclaración en providencia del 06 de agosto del 2020¹⁰, en relación con el momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción para reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías anualizadas, en el siguiente sentido:

- “i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.
- ii) En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción.”

Ahora bien, revisado el expediente se advierte que no existe prueba del reconocimiento de las cesantías, ya que únicamente fue allegada la certificación de pago de los intereses de las cesantías a la demandante, respecto de los cuales vale la pena aclarar que dichos intereses son pagados directamente al trabajador.

En consecuencia, no es posible establecer si la entidad demandada ha cancelado o no las cesantías a la demandante, por lo que se establecerá como fecha límite de la sanción moratoria por el no pago de cesantías hasta la fecha en que se haga efectiva la consignación de las mismas en el Fomag.

De acuerdo con lo expuesto, en el caso concreto se causó una sanción moratoria a favor de la demandante desde el 15 de febrero de 2021, cuando la entidad empleadora incurrió en retardo por las cesantías del 2020¹¹, así:

Anualidad Cesantías	Fecha que la Ley 50/90 dispone para la consignación	Exigibilidad de la sanción	Fecha límite de la sanción por pago
2020	14/02/2021	15/02/2021	Hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag ¹² , condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Sentencia de Unificación por Importancia Jurídica - Sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 – Providencia del 06 de agosto de 2020 – Expediente No. 08001-23-33-000-2013-00666-01 – No. Interno 0833-2016 – Demandante: María Lucely Taborda Cervantes – Demandado: Municipio de Sabanagrande (Atlántico)

¹¹ En la demanda únicamente se solicitó la mora por la no consignación de las cesantías del año 2020.

¹² Ello, siguiendo la forma en que el Consejo de Estado determinó el periodo de mora -sentencia del 19 de enero de 2023, Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez-.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Por otro lado, la demandante presentó la reclamación de la sanción moratoria en sede administrativa el 7 de agosto de 2021 (archivo 2, págs. 55 a 59 expediente digital), de modo que no se configuró la prescripción extintiva, según se expone a continuación:

Cesantías anualizadas	Exigibilidad de la sanción	Prescripción	Fecha de la reclamación
2020	15/02/2021	15/02/2024	07/08/2021

En consecuencia, como la demandante reclamó ante la administración el 07 de agosto de 2021, no se configuró la prescripción de la sanción moratoria por las cesantías de la anualidad de 2020, de modo que se condenará al Distrito Capital-Secretaría de Educación a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la actora en el momento en que se produjo la mora.

Por otro lado, si bien en providencias anteriores se ordenó el ajuste del valor total generado por concepto de sanción moratoria según lo dispuesto en el Artículo 187 del CPACA, este despacho ajusta su posición y acoge el criterio adoptado por el Consejo de Estado¹³, en el sentido de determinar que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación, dada la naturaleza de dicha indemnización.

Respecto de los intereses a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que el mismo equivale a un interés anual sobre saldo de las cesantías a 31 de diciembre de cada año equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Por su parte, el Acuerdo 39 de 1998, *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG”*, dispone en su Artículo 4, lo siguiente:

“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.” (Subrayado fuera de texto).

En el proceso obra prueba que el pago de los intereses de la demandante se efectuó el 27 de marzo de 2021 (pág. 66 “intereses pagados” archivo 2 expediente digital), es decir, en los términos de la Ley 91 de 1989 y del Acuerdo 39 de 1998.

Adicional a lo anterior, se advierte que la Ley 52 de 1975¹⁴ es una norma que está dirigida al sector privado¹⁵ y que la liquidación de los intereses dispuesta en ella¹⁶ es diferente a la manera que prescribe la Ley 91 de 1989¹⁷, es decir que no se podría usar la forma de establecer los

¹³ Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda CE- SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018.

¹⁴ Por la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares

¹⁵ Consejo de Estado, Providencia del 24 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-23-31-000-2002-00669-01(1827-04), CP ALBERTO ARANGO MANTILLA. – Consejo de Estado, providencia del 19 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-2331-000-2002-00713-01(1945-04), CP ANA MARGARITA OLAYA FORERO.

¹⁶ El artículo 1 de la Ley 75 de 1975 dispone respecto de los intereses que serán del 12% anual.

¹⁷ El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en relación con los intereses prescribe que será “...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.”

Expediente: 11001-3342-051-2022-00137-00
Demandante: OQUIDIA LILÍ SÁNCHEZ VILLAMIL
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

intereses de esta e imponer la sanción que prevé aquella sin crear una tercera norma no emitida por el legislador.

Así las cosas, no es procedente acceder a la sanción que contempla la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses que reclama la parte actora.

Finalmente, se advierte que no es procedente condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que *“El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”*, lo cual quiere decir que dicha sanción es impuesta al empleador que incumpla los términos señalados en la norma por la no consignación de las cesantías anuales, y no respecto del fondo de cesantías u otra entidad que intervenga en el trámite administrativo, por lo que se absolverá de responsabilidad a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que, conforme a lo dispuesto en la Ley, es el Distrito Capital- Secretaría de Educación como empleador, al encontrarse probado que la actora es una docente con vinculación territorial, el llamado a responder por la sanción mora.

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la ocurrencia del acto ficto presunto negativo derivado de la no respuesta a la petición elevada el 7 de agosto de 2021.

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD** del acto ficto o presunto negativo originado por el silencio Distrito Capital- Secretaría de Educación, frente a la petición radicada el 7 de agosto de 2021, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al **DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, a pagar la señora **ORQUIDIA LILÍ SÁNCHEZ VILLAMIL**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 37.626.200, a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la demandante en el momento en que se produjo la mora, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- El **DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

QUINTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- Absolver de responsabilidad a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SÉPTIMO.- No se condena en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

OCTAVO.- Ejecutoriada esta providencia, **por secretaría**, y a costa de la parte actora, **EXPÍDASE** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00137-00
Demandante: OQUIDIA LILÍ SÁNCHEZ VILLAMIL
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

DÉCIMO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

SB

orquidea.li@hotmail.com
notificacionescundinamarcalqab@gmail.com
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co
notjudicial@fiduprevisora.com.co
lasanabria@fiduprevisora.com.co
notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co
chepelin@hotmail.fr

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **5b56552890e222517464d15ede7bf60537017d46f945256289e6c7c6d9c32619**

Documento generado en 27/09/2023 08:35:49 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA No. 222	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00139-00
Demandante:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
Demandado:	NUBIA ESPERANZA TORRES CHAPARRO
Decisión:	Sentencia anticipada. Accede parcialmente a pretensiones de la demanda
Tema:	Reconocimiento pensional Ley 797 de 2003

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar **SENTENCIA ANTICIPADA** de **PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** en contra de la señora NUBIA ESPERANZA TORRES CHAPARRO, identificada con C.C. No. 51.785.865 (pág. 57, archivo 2, expediente digital).

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 1 a 12, archivo 2 expediente digital)

La entidad demandante solicitó que se declare: i) la nulidad de la Resolución No. SUB 42580 del 18 de febrero de 2021, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de la pensión de vejez a la señora Nubia Esperanza Torres Chaparro conforme la Ley 797 de 2003.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la parte demandada a: i) reintegrar la diferencia de las sumas recibidas por concepto de mesadas pagadas, más aquellas que se continúan pagando producto del reconocimiento irregular de la pensión de vejez; ii) la indexación de las sumas reconocidas y el pago de intereses a que hubiese lugar; y iii) se condene en costas a la parte demandada.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, la apoderada del extremo activo adujo que, mediante la Resolución No. SUB 42580 del 18 de febrero de 2021 (pág. 311 a 318, archivo 2 expediente digital), Colpensiones reconoció una pensión de vejez a la señora Nubia Esperanza Torres Chaparro, en cuantía de \$3.129.371 a partir del 1º de marzo de 2021, teniendo en cuenta 1.819 semanas de cotización.

Mediante Resolución No. SUB 249525 del 29 de septiembre de 2021, negó la reliquidación pensional a la señora Nubia Esperanza Torres Chaparro. Al momento del estudio tuvo en cuenta un total de 12.826 días equivalentes a 1.832 semanas de cotización al 28 de febrero de 2021; por ello, al haber una variación de las semanas tenidas en cuenta, se disminuyó la mesada pensional.

Mediante Auto APSUB 2739 del 19 de octubre de 2021, se solicitó autorización a la señora Nubia Esperanza Torres Chaparro para revocar el acto administrativo demandado, por encontrarse percibiendo una prestación a la que no tiene derecho, pero guardó silencio.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, el acto administrativo acusado trasgrede las siguientes normas (pág. 4, archivo 2):

- Constitución Política de Colombia: Artículo 48.
- Ley 100 de 1993: Artículos 33 y 34.
- Ley 797 de 2003

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Hizo referencia a las normas que considera violadas y las causales de revocación de los actos de carácter particular y concreto e indicó que Colpensiones liquidó la pensión de vejez de la señora Nubia Esperanza Torres Chaparro de manera errada, ya que estableció el valor de la mesada pensional en cuantía de \$3.129.371, a partir del 1° de marzo de 2021, con base en 1.819 semanas de cotización.

Indicó que al efectuar un nuevo estudio de la reliquidación pensional solicitada se evidenciaron 1.832 semanas de cotización y se estableció un ingreso base de liquidación de \$3.990.445, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo de 78.30% y como resultado se obtuvo el valor de la mesada en \$3.124.518. Por ello, se encuentra percibiendo un valor superior al que le corresponde.

Adujo que el reconocimiento efectuado vulnera de manera directa el Artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 10 de la Ley 797 de 2003, ya que la liquidación que se efectuó no se encuentra conforme a derecho y la demandada viene recibiendo valores superiores a los que debe recibir. Lo anterior genera un detrimento patrimonial a la entidad.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio No. 293 del 2 de junio de 2022 (archivo 5 expediente digital), se procedió a efectuar la notificación en debida forma conforme lo dispuesto en la referida providencia (archivo 9, expediente digital) a la señora Nubia Esperanza Torres Chaparro, quien contestó la demanda.

2.5.1. Contestación de la señora Nubia Esperanza Torres Chaparro (archivo 10 expediente digital):

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló que la entidad no ha demostrado que perciba una mesada superior a la que le corresponde.

Adujo que la entidad no tuvo en cuenta la reclamación que hizo en el mes de marzo de 2021 y de manera amañada reliquidó en lo conveniente para la entidad y aumentó las semanas de cotización que estaban hasta el 30 de diciembre de 2020, dejándolas hasta el 28 de febrero de 2021. La opción más beneficiosa es la liquidación con los últimos 10 años, la cual tomaron, pero se excedieron en un mes para la reliquidación, pues la hicieron con 121 meses y debió ser 120.

Indicó que Colpensiones comete muchos errores aritméticos en la liquidación efectuada al afirmar que le está pagando \$4.853 de más, cuando ni siquiera ha efectuado una liquidación acorde a los salarios recibidos.

La demandada formuló demanda de reconvención (archivo 12.1, expediente digital), la cual se admitió mediante providencia del 2 de marzo de 2023 (archivo 16, expediente digital). No obstante, dicha providencia se dejó sin efectos mediante auto del 18 de mayo de 2023 (archivo 21, expediente digital) y se ordenó remitir la demanda interpuesta por la demandada a los juzgados laborales del circuito de Bogotá D.C. – Reparto, para lo de su cargo.

2.6. EXCEPCIONES PREVIAS, PRUEBAS, FIJACIÓN DEL LITIGIO Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 3 de agosto de 2023 (archivo 25, expediente digital), el despacho declaró

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

no probada la excepción previa de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales propuesta por la demandada, tuvo como pruebas las aportadas por las partes, fijó el litigio en el presente asunto y corrió traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

Alegatos de la parte demandante: (archivo 27 expediente digital) reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

Alegatos de la parte demandada: (archivo 28 expediente digital) reiteró los argumentos expuestos en la contestación de demanda.

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se circunscribe a determinar si le asiste derecho a la entidad demandante a que se declare la nulidad de la Resolución No. SUB 42580 del 18 de febrero de 2021 que reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez en favor de la demandada, NUBIA ESPERANZA TORRES CHAPARRO, en la cual se estimó una mesada superior a la que en derecho corresponde, y si es procedente la devolución de lo pagado por las diferencias del reconocimiento efectuado.

3.2. DEL FONDO DEL ASUNTO

Para resolver el problema jurídico planteado se efectuará, en primera medida, un recuento del material probatorio arrimado al plenario; posteriormente, se realizará un análisis normativo de los requisitos y forma de liquidación de la pensión de vejez establecida por la Ley 797 de 2003; y, finalmente, se resolverá lo correspondiente en el caso concreto.

3.2.1. Acervo probatorio

Del material probatorio arrimado al plenario, se destaca:

Se aportó al proceso el expediente administrativo de la señora Nubia Esperanza Torres Chaparro, del cual se extraen principalmente los siguientes documentos (archivo 2, expediente digital):

- Cédula de Ciudadanía de la señora Nubia Esperanza Torres Chaparro, donde consta que nació el 20 de enero de 1964 (pág. 57, archivo 2, expediente digital).
- Resolución No. SUB 42580 del 18 de febrero de 2021 (pág. 311 a 318, archivo 2 expediente digital), mediante la cual Colpensiones reconoció una pensión de vejez a la señora Nubia Esperanza Torres Chaparro, en cuantía de \$3.129.371 a 1° de marzo de 2021, teniendo en cuenta 1.819 semanas de cotización, aplicando un IBL de \$3.996.643 M/CTE y una tasa de reemplazo del 78.30%, conforme a lo establecido por la Ley 797 de 2003.
- Resolución No. SUB 249525 del 29 de septiembre de 2021 (pág. 320 a 327, archivo 2 expediente digital), mediante la cual Colpensiones negó la reliquidación de la pensión de vejez a la señora Nubia Esperanza Torres Chaparro, al observar que devenga una mesada superior a la que corresponde.
- Auto de pruebas No. APSUB 2739 del 19 de octubre de 2021 (pág. 328 a 333, archivo 2 expediente digital), mediante el cual se requirió a la señora Nubia Esperanza Torres Chaparro para que allegara autorización para revocar de manera parcial la Resolución No. SUB 42580 del 18 de febrero de 2021, en el que se indicó que la mesada pensional a la que realmente tiene derecho corresponde a la suma de \$3.124.518 M/CTE efectiva a partir del 1° de marzo de 2021, teniendo en cuenta 1.832 semanas, un IBL de \$3.990.445 M/CTE y una tasa de reemplazo del 78.30%, de acuerdo a los parámetros establecidos por la Ley 797 de 2003. Lo anterior, al considerar que: *“Que una vez verificada la nómina de pensionados, se observa que la señora **TORRES CHAPARRO NUBIA ESPERANZA**, se encuentra actualmente percibiendo una mesada por valor de **\$3.129.371.00**, con un **IBL de \$ 3,996,643.00** y*

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

con base en **1819** con corte al 30 de diciembre de 2020 y al reliquidar la prestación da una mesada de **\$3.124.518.00** con un **IBL de \$ 3,990,445.00** con base en **1832** semanas a corte del 28 de febrero de 2021, razón por la cual, la mesada reliquidada, es inferior a la actualmente percibida.”

- Resolución No. SUB 73571 del 14 de marzo de 2022 (pág. 335 a 343, archivo 2 expediente digital), por medio de la cual se resolvió remitir el expediente pensional a la Dirección de Procesos Judiciales de Colpensiones para el inicio de la acción de lesividad, ya que no se obtuvo autorización por parte de la señora Nubia Esperanza Torres Chaparro.
- Certificación de la directora de Nómina de Pensionados de Colpensiones en la que consta los valores girados a la señora Nubia Esperanza Torres Chaparro en el periodo de febrero de 2019 a febrero de 2022 (pág. 344, archivo 2 expediente digital).
- Reporte de semanas cotizadas por la señora Nubia Esperanza Torres Chaparro (pág. 294 a 298, archivo 2 expediente digital), en el que consta que presentó cotizaciones del 4 de enero de 1985 al 28 de febrero de 2021, con un total de 1.832 semanas cotizadas.

3.2.2. De la pensión de vejez establecida por la Ley 797 de 2003

Es preciso señalar que la norma llamada a regular el reconocimiento de la pensión a la señora Nubia Esperanza Torres Chaparro no es otra que la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, norma que en sus Artículos 33 y 34 determina los requisitos para obtener la pensión de vejez y el monto de la misma, así:

“ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. <Ver Notas del Editor> Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.
A partir del 10. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.
2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.
A partir del 10. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 10. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

PARÁGRAFO 10. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

- a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;
 - b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;
 - c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.
 - d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.
 - e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.
- En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional. Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

PARÁGRAFO 20. Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente ley, se entiende por semana cotizada el periodo de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se harán sobre el número de días cotizados en cada período.

PARÁGRAFO 30. <Ver Notas del Editor> <Parágrafo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.

(...)

ARTÍCULO 34. MONTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 10. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 10. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, **el 10. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.**

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima. (Subrayado y negrillas fuera de texto).

El Artículo 21 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al ingreso base de liquidación, establece:

“ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, **el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.**

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Así las cosas, conforme a las normas que regulan la pensión de vejez reconocida a la señora Nubia Esperanza Torres Chaparro, para adquirir el derecho a la pensión se requiere acreditar 57 años, en el caso de las mujeres, y un mínimo de 1.300 semanas de cotización al sistema. Lo anterior no impide que el trabajador pueda seguir cotizando sobre las semanas mínimas requeridas.

Para efectos del cómputo de las semanas se deberá tener en cuenta la totalidad de las semanas cotizadas por el trabajador, de acuerdo a lo establecido por el literal g del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Adicionalmente, para establecer el ingreso base de liquidación se tendrá en cuenta: i) el promedio de salarios o rentas sobre los cuales se cotizó durante los últimos 10 años de trabajo; o, ii) el promedio de los ingresos de toda la vida laboral, cuando quiera que éste último resulte superior al de los últimos 10 años y siempre y cuando el afiliado haya cotizado 1.250 semanas como mínimo.

3.4. DEL CASO CONCRETO

La entidad demandante afirmó que procedió con el reconocimiento de la pensión de vejez a la señora Nubia Esperanza Torres Chaparro, por cuanto acreditó 57 años de edad y un total de 1.832 semanas de cotización. Sin embargo, la liquidación que se efectuó en la Resolución No. SUB 42580 del 18 de febrero de 2021 (pág. 311 a 318, archivo 2 expediente digital), se hizo con base en 1.819 semanas de cotización, lo que generó una errada liquidación y, en consecuencia, una mesada superior a la que realmente le corresponde.

En tal sentido, vale la pena señalar que no son hechos discutidos en el proceso que la señora Nubia Esperanza Torres Chaparro, contaba con 57 años y más de 1300 semanas de cotización al momento del reconocimiento pensional. Adicionalmente, que la entidad demandante le aplicó una tasa del 78.30%, punto sobre el cual tampoco hay discusión.

De las pruebas aportadas al plenario se evidencia que la señora Nubia Esperanza Torres Chaparro tuvo cotizaciones desde el 4 de enero de 1985 hasta el 28 de febrero de 2021, para un total de 1.832 semanas cotizadas (pág. 294 a 298, archivo 2 expediente digital).

Entonces, como la discusión radica en cuanto al número de semanas tenidas en cuenta al momento del reconocimiento pensional y está probado dentro del proceso que la señora Nubia Esperanza Torres Chaparro cotizó 1.832 semanas, será sobre este número de semanas que debe calcularse el IBL de la pensión de vejez con una tasa de reemplazo del 78.30%.

Ahora bien, para determinar el ingreso base de liquidación, la entidad demandante acogerá lo dispuesto por el Artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y, en tal sentido, teniendo en cuenta que la señora Nubia Esperanza Torres Chaparro acreditó más de 1.250 semanas, la entidad aplicará el cálculo del IBL que resulte más favorable a la demandada, esto es, el promedio de los salarios o rentas cotizados durante los últimos 10 años o toda la vida laboral.

Finalmente, en lo que respecta a la pretensión de la demanda tendiente a la devolución de los dineros recibidos por la demandada con ocasión a la pensión de vejez reconocida, el despacho advierte que, de conformidad con el literal c del numeral 1 del Artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la administración puede demandar en cualquier tiempo los actos que reconozcan prestaciones periódicas; sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. Por esto, no se ordenará el reintegro de dichos pagos, pues, de conformidad con el Artículo 83 de la Constitución Política, se presume en la actuación de los particulares la buena fe, y como quiera que no obra prueba en contrario que desvirtúe dicha presunción en la actuación de la parte demandada, al serle reconocida la pensión y efectuarse los correspondientes pagos, las pretensiones en este sentido no están llamadas a prosperar.

Lo anterior, comoquiera que para poder hacer viable la devolución de las sumas pagadas a la señora Nubia Esperanza Torres Chaparro, Colpensiones debió centrar su esfuerzo procesal en demostrar no solo la ilegalidad del reconocimiento contenido dentro del acto demandado

Expediente: 11001-3342-051-2022-00139-00
Demandante: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
Demandado: NUBIA ESPERANZA TORRES CHAPARRO

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

sino también en acreditar que la obtención de tal derecho por parte de la demandada se hizo con desconocimiento de los postulados de la buena fe, que como se señaló anteriormente se presumen, por lo que la pretensión en tal sentido se negará.

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la **NULIDAD parcial** de la Resolución No. SUB 42580 del 18 de febrero de 2021, por medio de la cual la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de la pensión de vejez a la NUBIA ESPERANZA TORRES CHAPARRO, identificada con C.C. No. 51.785.865, en el entendido de que la liquidación de pensión se efectuará con base en 1.832 semanas de cotización, con una tasa de reemplazo del 78.30%, aplicando el IBL que le resulte más favorable, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO.- No se condena en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente.

QUINTO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

Lkgd

notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co
paniaguacohenabogadossas@gmail.com
paniaguabogota1@gmail.com
yasmindelugar@gmail.com
nuestoch@yahoo.com.ar

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendiavelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo

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: **394560b10b9e3763c547d1729d713fa2b4e4d01bf08a8d2f70bc4483011a8fb9**

Documento generado en 27/09/2023 08:35:50 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA No. 220	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00143-00
Demandante:	SONIA CÁRDENAS CORREDOR
Demandado:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y MUNICIPIO DE SOACHA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
Decisión:	Sentencia anticipada que accede parcialmente las pretensiones de la demanda
Tema:	Indemnización moratoria por el no pago oportuno de cesantías-Ley 50 de 1990

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar **SENTENCIA ANTICIPADA** de **PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **SONIA CÁRDENAS CORREDOR**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 52.466.759, contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y MUNICIPIO DE SOACHA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 2 a 59 archivo 2 expediente digital)

La demandante solicitó la nulidad del acto administrativo ficto frente a la petición presentada ante la Secretaría de Educación del Municipio de Soacha el 30 de julio de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 50 de 1990 y la indemnización por el pago tardío de los intereses de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se condene a la demandada a: i) reconocer y pagar la sanción por mora establecida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020; ii) reconocer y pagar 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 1176 de 1991; iii) reconocer y pagar 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, tomando como base la variación del IPC, de conformidad con el Artículo 187 del CPACA; iv) reconocer y pagar los intereses moratorios conforme al Artículo 193 del CPACA; v) dar cumplimiento al fallo dentro del término establecido en el Artículo 192 del CPACA; y vi) condenar en costas.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, la apoderada señaló lo siguiente:

Manifestó que la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero de 2021. Agregó que dichos términos no fueron cumplidos por la entidad demandada.

El 30 de julio de 2021, la demandante 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 se resolvió de forma negativa.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, los actos administrativos acusados trasgreden las siguientes normas:

- Constitución Política Artículos 13 y 53.
- Ley 91 de 1989, Artículo 5 y 15.
- Ley 50 de 1990, Artículo 99.
- Ley 1955 de 2019, Artículo 57.
- Ley 52 de 1975, Artículo 1.
- Ley 344 de 1996, Artículo 13.
- Ley 432 de 1998, Artículo 5.
- Decreto Nacional 1176 de 1991, Artículo 3.
- Decreto Nacional 1582 de 1998, Artículos 1 y 2.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como concepto de violación, la apoderada sostuvo que, conforme a lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020 -CE-SUJ-SII-022-2020-, *“el nacimiento de la sanción por mora no está condicionado al reconocimiento de la cesantía, ocurriendo de pleno derecho por el incumplimiento del pago de parte del empleador dentro de los términos de ley”*.

Sostuvo que la finalidad de la Ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Corte Constitucional C-486 de 2016, SU-098 de 2018, SU-332 de 2019 y SU-041 de 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactiva a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar el 15 de febrero de cada anualidad.

Igualmente, hizo alusión a la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019, respecto de la cual resaltó que: *“los despachos judiciales accionados desconocieron que aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, y el Decreto 1252 de 2000, no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción, pues esta es la interpretación que más se ajusta a la Constitución”*.

Concluyó que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional se han pronunciado de manera unificada sobre la aplicabilidad del contenido del Artículo 99 de la ley 50 de 1990 a los docentes oficiales, habiendo encontrado que no existe ninguna razón para que, una vez vencido el 15 de febrero de cada anualidad, las cesantías de los maestros de régimen anualizado no sean consignadas al Fomag, pues el régimen de cesantías de los docentes y los demás servidores públicos del país es exacto; de hecho, el cambio de régimen retroactivo a régimen anualizado fue efectuado desde el 29 de diciembre de 1989 a los maestros, cuando el resto de servidores públicos del país fue realizado un año con posterioridad.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio No. 296 del 2 de junio de 2022 (archivo 5 expediente digital), se procedió a efectuar la notificación en debida forma conforme lo dispuesto en la referida providencia a la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Municipio de Soacha- Secretaría de Educación (archivo 7 expediente digital), quienes contestaron el escrito inicial en tiempo.

2.5.1. Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 8 expediente digital).

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La apoderada de este ente ministerial se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Expuso que a los docentes no les es aplicable la Ley 50 de 1990, en el entendido de que estos no ostentan la calidad de trabajadores privados, ya que son un régimen exceptuado.

Señaló que los docentes son considerados por la Ley y por el Consejo de Estado como empleados públicos del orden nacional, razón por la que se desvirtúa la calidad de servidores públicos del orden territorial previsto en el Decreto 1582 de 1998, que reglamentó la Ley 344 de 1996.

Resaltó que la Ley 50 de 1990 prevé su aplicación a los servidores públicos del nivel territorial afiliados a un fondo privado de cesantías y los docentes son empleados públicos del orden nacional afiliados por disposición legal única y exclusivamente a la cuenta especial de la Nación, mientras que los trabajadores particulares tienen derecho a escoger libremente el fondo de cesantías que mayor rentabilidad pueda generar a la administración de las mismas.

Sostuvo que en el régimen especial docente no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la misma vigencia presupuestal se descuenta del presupuesto de las entidades territoriales una doceava parte del situado fiscal para reservar el valor del pasivo prestacional de los docentes, lo que descarta la sanción mora por consignación extemporánea.

Agregó que en el Fomag no existe una cuenta individual por cada docente por ser un fondo común con unidad de caja, por lo que el docente debe probar que son sus cesantías individuales las que no se consignaron en tiempo.

Sobre los intereses a las cesantías, indicó que el Fomag programa su pago de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador.

Respecto 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, señaló que i) esa norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al Fomag; ii) las cesantías de los docentes afiliados al Fomag son prepagadas al fondo mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la Nación a las entidades territoriales; iii) los empleadores de los docentes afiliados al Fomag son las entidades territoriales y, en ese sentido, el Fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al Fondo quien no ostenta la calidad de empleador; iv) las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la consignación de cesantías, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de liquidación del valor de las cesantías, debido a que los recursos ya se encuentran en el Fondo; y v) aplicar a los docentes afiliados al Fomag la Ley 52 de 1975 desmejoraría sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías” debido a que las condiciones dadas por el régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general.

Indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 proferida por la Corte Constitucional no aplica a la parte actora, pues en ese caso la docente no había sido afiliada al Fomag, lo que lo hace distinto a la presente demanda.

Concluyó que a los docentes no les es aplicable la norma general, ya que estos no escogen un fondo, sino que, por voluntad del legislador, automáticamente son afiliados al Fomag, por lo cual, dado que los recursos del Fomag provienen de la Nación, no es posible dar aplicación a la norma impetrada por la parte actora. Además, sostuvo que no están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda en virtud del principio de especialidad e inescindibilidad de la norma.

2.5.2. Municipio de Soacha-Secretaría de Educación (archivo 9 expediente digital)

La apoderada judicial de la entidad territorial en comento se opuso a la prosperidad de cada una de las pretensiones de la demanda. Manifestó que la autoridad que representa, respecto del trámite del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía, solo expide los actos administrativos prestacionales; sin embargo, quien aprueba el reconocimiento y efectúa los pagos es el Fomag, a través de la Fiduciaria la Previsora S.A.

Afirmó que la Secretaría de Educación del Municipio de Socha atendió de manera oportuna las solicitudes radicadas por la parte actora y actuó con diligencia aplicando los principios de celeridad, eficacia y economía procesal.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Explicó que el pago de las prestaciones sociales de los docentes, específicamente de las cesantías parciales o definitivas, se rige por el principio de unidad de caja, por lo que no existe un conjunto de cuentas individualizadas de cada docente y, en el caso bajo estudio, la accionante no probó la indisponibilidad de los recursos respecto de sus cesantías.

Precisó las diferencias que existen entre el régimen de liquidación y manejo de las cesantías previstos en las Leyes 50 de 1990 y 89 de 1989 y, reiteró que en el caso de los docentes no existe una cuenta individual a nombre de la demandante, razón por la que: *“...no se configura el presupuesto esencial previsto en la norma que fundamenta esta pretensión.”*

Concluyó que no es aplicable la posición adoptada por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-098 de 2018, como quiera que dicha sentencia no constituye precedente judicial, no hace parte de una línea reiterada de la mencionada Corporación y los supuestos fácticos del caso concreto allí analizados no se asemejan al de la aquí demandante.

2.6. PRUEBAS, FIJACIÓN DEL LITIGIO Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio del Auto Interlocutorio No. 440 del 31 de agosto de 2023 (archivo 28 expediente digital), el despacho tuvo como pruebas las aportadas al proceso, fijó el litigio y, en firme dichas decisiones, dispuso correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para presentar escrito de alegaciones finales. Solamente la parte actora presentó sus alegaciones.

Parte demandante (archivos 30 y 31 expediente digital): reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Señaló que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han concluido que a los docentes se les deben consignar los recursos de sus cesantías en el Fomag dentro de los términos establecidos en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y que tienen la posibilidad de solicitar la indemnización hasta 3 años después de la causación de la misma, so pena de operar la prescripción extintiva del derecho. Agregó que una interpretación restrictiva de la aplicación de dicha 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. Así mismo, aportó providencias judiciales que resuelven sobre la sanción moratoria que aquí se debate.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Cuestión previa

Procede el despacho a pronunciarse sobre la excepción de caducidad formulada por la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya decisión se difirió para el momento del fallo, tal como se indicó en el auto del 10 de noviembre de 2022 (archivo 11 expediente digital).

Como fundamento de la excepción, la entidad demandada consideró que al darse respuesta el 4 de agosto de 2021, la parte actora contaba con 4 meses para demandar y, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 3 de mayo de 2022, los términos con que contaba excedieron con suficiencia (archivo 8, pág. 38 expediente digital).

Sobre el particular, el despacho considera que no está llamado a prosperar el medio exceptivo propuesto, toda vez que, conforme se indicó en el auto del 10 de noviembre de 2022 -al resolver la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de requisitos formales planteada por la entidad territorial accionada-, se considera que la respuesta brindada por la entidad no es de fondo y no se advierte un pronunciamiento expreso de la administración en el que resuelva lo solicitado en la reclamación administrativa, por lo que los términos de caducidad en el presente caso no son de 4 meses.

En tal sentido, se debe tener presente que uno de los casos en donde no opera el fenómeno de la caducidad se presenta cuando se demandan actos producto del silencio administrativo (literal d), numeral 1 del Artículo 164 de la Ley 1437 de 2011), caso en el cual la demanda puede ser presentada en cualquier tiempo.

En lo que respecta a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, formulada por las entidades demandadas, la misma se resolverá con el fondo del asunto.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

3.2. Problema jurídico

El problema jurídico se circunscribe a determinar si la demandante, SONIA CÁRDENAS CORREDOR, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en Ley 50 de 1990 y la indemnización por el no pago de los intereses de las cesantías prevista en la Ley 52 de 1975, por el presunto retardo en la consignación de las cesantías anualizadas y los intereses de las mismas, comprendidas entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 2020 así como los ajustes legales a los valores adeudados e intereses correspondientes.

3.3. Del marco normativo

3.3.1. Del régimen de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero únicamente respecto del tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942. El Decreto 2767 de 1945 hizo extensivas las cesantías a los empleados y obreros al servicio de los departamentos y municipios.

A su vez, el Artículo 1º de la Ley 65 de 1946 dispuso que «Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.» En el párrafo de esta norma, se extendió este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios.

Al amparo de dichas disposiciones, el auxilio de cesantía de los servidores públicos a nivel territorial debía liquidarse con retroactividad, pagando un mes de salario por cada año de servicio, computando todo el tiempo laborado y teniendo en cuenta el último salario devengado, a menos que haya tenido modificaciones en los últimos tres meses.

De otra parte, la liquidación del auxilio de cesantías fue reglamentada a través del Artículo 6º del Decreto 1160 de 1947 que indicó que: *“para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”*

Hasta este momento, el ordenamiento jurídico no consagraba de manera específica para los docentes un régimen de liquidación de cesantías, razón por la cual dicho personal estaba sujeto a las normas prestacionales de los empleados públicos.

Con la expedición de la Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se determinó que dicha entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes.

En el Párrafo del Artículo 2º de la Ley 91 se advirtió cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la misma:

“Párrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.”

En similar sentido, respecto del régimen prestacional de los docentes nacionalizados, nacionales y aquellos que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, el Artículo 15 dispuso:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

“Artículo 15º.- 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:

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 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, 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.”

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3 de este mismo Artículo consagró:

“ 3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, 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.”

De lo anterior se deduce que a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, y los docentes territoriales vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

En punto al tema, en reiteradas decisiones, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que los docentes oficiales vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, sin importar si fueron vinculados a través de un ente territorial, o si fueron financiados o cofinanciados, se deben acoger al régimen prestacional establecido en la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su Artículo 81 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 la presente ley”*.

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido Fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003 estableció:

“Artículo 1º.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1º.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (Negrilla fuera de texto).

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Parágrafo 2°.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5°. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.”

Ahora bien, en sentencia del 18 de enero de 2018¹, el Consejo de Estado consideró que quienes se vincularon como docentes con posterioridad al 1° de enero de 1990 cuentan con un régimen prestacional especial señalado en la Ley 91 de 1989 por lo que las cesantías a que tengan derecho se liquidan de forma anualmente sin retroactividad.

3.3.2. Del régimen anualizado de cesantías dispuesto en la Ley 50 de 1990.

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», dio un paso adicional encaminado a ampliar la cobertura del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para la generalidad de los servidores públicos, al consagrar, en su Artículo 13, lo siguiente:

“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”.

La norma vigente a la fecha de expedición de la previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo Artículo 99 consagró:

“Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Sentencia del 18 de enero de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 19001-33-31-000-2011-00305-01 (1733-2016). Demandante: Juvencio Chilito Chilito. Demandado: Departamento del Cauca.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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”.

De igual manera, es necesario indicar que el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los Artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus Artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, la Ley 432 de 1998, en sus Artículos 5 y siguientes. Así lo determinó:

“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”.

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores².

Asimismo, es necesario indicar que el Decreto 1252 de 2000, «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública», estableció lo siguiente:

“Artículo 1º.- Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías. Parágrafo. Los fondos o entidades públicas, incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo”.

Del caso concreto

En el caso concreto, están probados los siguientes hechos:

- La demandante es docente y según se desprende de las pruebas obrantes en el proceso su vinculación es de carácter territorial (archivo 20 expediente digital)³.
- Obra extracto de los intereses de las cesantías consignados a la parte actora, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 2, pág. 76 expediente digital):

² Es decir, el sistema de liquidación retroactiva, consagrado en Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

³ Lo anterior, teniendo en cuenta que, el nombramiento en periodo de prueba efectuado a favor de la señora Sonia Cárdenas Corredor, y posterior nombramiento en propiedad como docente, lo hizo el alcalde del Municipio de Bello (págs. 138 a 189 y 214 a 217), por lo que, según lo dispuesto por el Artículo 1º de la Ley 91 de 1989, se tiene que la vinculación de la parte actora es como docente territorial.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

INTERESES PAGADOS						
Año	DTF	Cesantías	Acumulado	Intereses	Fecha	Estado
2011	4.61%	1,042,458	1,042,458	48,057	21/03/2012	PRESENTE PAGO
2012	5.85%	1,469,236	2,511,694	146,934	27/03/2013	PRESENTE PAGO
2013	4.44%	1,691,248	2,954,373	131,174	22/03/2014	PRESENTE PAGO
2014	4.46%	1,678,034	4,632,407	206,605	18/03/2015	PRESENTE PAGO
2015	5.13%	1,972,647	6,605,054	338,839	12/03/2016	PRESENTE PAGO
2016	7.52%	2,174,879	8,779,933	660,251	17/03/2017	PRESENTE PAGO
2017	6.37%	2,802,398	11,582,331	737,794	16/03/2018	PRESENTE PAGO
2018	5.05%	3,011,966	3,008,966	151,953	19/03/2019	PRESENTE PAGO
2019	4.98%	3,330,913	6,339,879	315,726	24/03/2020	PRESENTE PAGO
2020	3.64%	3,470,267	8,064,305	293,541	27/03/2021	PRESENTE PAGO

PAGOS REALIZADOS				
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto
201205090116090	2012-05-09	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	48057
201304080095345	2013-04-08	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	146934
201403280093505	2014-03-28	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	131174
201503270099644	2015-03-27	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	206605
201603310102284	2016-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	338839
201703310099806	2017-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	660251
201803280100093	2018-03-28	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	737794
201903290099503	2019-03-29	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	151953
202003310097590	2020-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	315726
202103310095428	2021-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	293541

Ahora, en este punto es del caso traer a colación lo señalado por la Subsección B del Consejo de Estado⁴, frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, así:

“Según lo previsto en el artículo 115 de la Ley 155 de 1994, los docentes oficiales se benefician del reconocimiento del auxilio de cesantías de acuerdo con los parámetros establecidos por el artículo 15 (numeral 3) de la Ley 91 de 1989, norma en la que se distinguen, por un lado, los docentes que son beneficiarios del régimen de cesantías retroactivas y, por otro, a quienes se les aplica el régimen de cesantías anualizadas con pago de intereses y sin retroactividad.

Quiere decir lo anterior, que los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1990 gozan del régimen de cesantías anualizadas, prestación que desde la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996⁵, debe liquidarse de acuerdo con lo previsto por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es decir, anualmente y consignarse en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de mora (...).”.

Así mismo, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁶ ha sostenido lo siguiente:

“En efecto, sobre ese particular, la Corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 sostuvo que el «hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política».

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 13 de noviembre de 2020, expediente 08001-23-33-000-2013-00394-01 , número interno 5156-16, M.P. Cesar Palomino Cortés.
⁵ “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 Organos 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.
<Inciso 30. INEXEQUIBLE>
PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.
⁶ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2022, expediente 08001-23-33-000-2017-00795-01 , número interno 2659-2020, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

de los docentes oficiales», máxime cuando el «ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000». Y finalmente, concluyó:

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

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

[...]

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

Sumado a lo anterior, **el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que hipótesis como las que ahora se encuentran bajo estudio pueden desconocer el derecho a la igualdad.**

[...]

De conformidad con todo lo expuesto, **en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3º 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.**

Asimismo, en Sentencia SU-332 de 2019 esa corporación también concluyó que:

52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990”⁷.

Nuevamente, en el año 2023, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁸, frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, indicó:

⁷ Este mismo criterio se mantiene en la Subsección A del Consejo de Estado. Ver sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 08001-23-33-000-2015-

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

“(…) Conforme a la normativa transcrita se tiene entonces que los docentes oficiales que se vincularon a partir del 1º. de enero de 1990 les es aplicable el régimen de cesantías anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990, que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social con pago de intereses, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de retardo”.

Del mismo modo, recientemente, el Consejo de Estado⁹, al resolver una solicitud de tutela contra providencia judicial, acogió el principio de favorabilidad y consideró que es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales; así lo indicó:

“(…) Sin embargo, se resalta que la referida línea jurisprudencial fue modificada por vía de solicitud de tutela, al considerarse que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la prestación mencionada, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, para evitar incurrir en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso. (...)”

En este orden de ideas, se evidencia que en materia de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías anualizadas en favor de los docentes, si bien no existe una sentencia de unificación proferida por el alto tribunal de lo contencioso administrativo, la corporación ha sentado una línea pacífica al respecto que permite acceder al amparo solicitado, en tanto se desconoció la actual postura decisonal en virtud de la cual a los docentes sí les aplican las disposiciones del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual resulta «más favorable respecto de los derechos laborales», máxime cuando el ámbito de aplicación de la referida sanción moratoria se extiende a todos los empleados públicos.

Ello teniendo en cuenta que, pese a que el Tribunal accionado explicó las razones por las cuales acogió la tesis que en principio tenían la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la materia, esto es, negar el reconocimiento de la sanción moratoria en favor de los docentes en los términos de la Ley 50 de 1990 por pertenecer a un régimen especial, esta Sala de Decisión extraña una motivación suficiente que permita entender por qué se apartó de la tesis vigente, máxime, cuando les resulta beneficiosa frente a la protección integral que merecen sus derechos labores.”

También, la Corte Constitucional ha considerado que los docentes tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 50 de 1990; así lo señaló en la Sentencia SU-041 de 2020:

“5.1.6. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional antes reseñada, es posible concluir que: (i) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías; (ii) el reconocimiento de esta prestación económica frente a los miembros del magisterio ha operado tanto en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, como por extensión del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a través de la Ley 344 de 1996, reglamentada por los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000; (iii) en todas las acciones de tutela reseñadas, los docentes habían interpuesto demandas -hoy medio de control- de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de actos administrativos que les negaban el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, razón por la cual las decisiones en sede constitucional ordenaron su revocatoria y la expedición de nuevos fallos, en términos perentorios, que sí reconocieran la indemnización(…)” (Subraya el despacho).

Así las cosas, este despacho acoge el anterior criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el sentido de que, conforme al principio de favorabilidad, le es aplicable a los docentes el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Ahora bien, no pasa por alto el despacho que mediante Sentencia SU-573 de 2019, la Corte Constitucional indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 no constituye un precedente al caso allí

80070-01 (1549-2021), M.P. Carmelo Perdomo Cueter.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de marzo de 2023, expediente 11001-03-15-000-2023-01063-00, MP Juan Enrique Bedoya Escobar.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

estudiado, por considerar que no se evidenciaba *prima facie* una amenaza de vulneración de los derechos fundamentales y por ausencia de identidad fáctica que pudiera aplicarse al caso concreto. Sin embargo, al declarar la improcedencia de la acción de tutela, no definió de manera concreta los criterios a tener en cuenta para que se configure el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los docentes afiliados al Fomag y estimó que la interpretación y unificación de la jurisprudencia le corresponde al máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Es decir, dejó en manos de esta jurisdicción la decisión de la aplicación del Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual hasta la fecha no se ha dado. En tal sentido, no se puede concluir que la Sentencia SU-573 de 2019 constituya un precedente aplicable al *sub examine*.

Antes de entrar a analizar como incurrió la mora en el caso en concreto, es pertinente traer a colación las reglas dispuestas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en relación con el reconocimiento de cesantías y sanción moratoria prevista en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016¹⁰, en la que estableció lo siguiente:

“1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.

2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.

4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.

5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.”

La citada decisión fue objeto de aclaración en providencia del 06 de agosto del 2020¹¹, en relación con el momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción para reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías anualizadas, en el siguiente sentido:

“i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.

ii) En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción.”

Ahora bien, revisado el expediente se advierte que no existe prueba del reconocimiento de las cesantías, ya que únicamente fue allegada la certificación de pago de los intereses de las cesantías a la demandante, respecto de los cuales vale la pena aclarar que dichos intereses son pagados directamente al trabajador.

En consecuencia, no es posible establecer si la entidad demandada ha cancelado o no las cesantías a la demandante, por lo que se establecerá como fecha límite de la sanción moratoria por el no

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero – Providencia del 25 de agosto de 2016 - Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16 - Actor: Yesenia Esther Hereira Castillo - Demandado: Municipio De Soledad.

¹¹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Sentencia de Unificación por Importancia Jurídica - Sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 – Providencia del 06 de agosto de 2020 – Expediente No. 08001-23-33-000-2013-00666-01 – No. Interno 0833-2016 – Demandante: María Lucely Taborda Cervantes – Demandado: Municipio de Sabanagrande (Atlántico)

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

pago de cesantías hasta la fecha en que se haga efectiva la consignación de las mismas en el Fomag.

De acuerdo con lo expuesto, en el caso concreto se causó una sanción moratoria a favor de la demandante desde el 15 de febrero de 2021, cuando la entidad empleadora incurrió en retardo por las cesantías del 2020¹², así:

Anualidad Cesantías	Fecha que la Ley 50/90 dispone para la consignación	Exigibilidad de la sanción	Fecha límite de la sanción por pago
2020	14/02/2021	15/02/2021	Hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag ¹³ , condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma

Por otro lado, la demandante presentó la reclamación de la sanción moratoria en sede administrativa el 30 de julio de 2021 (archivo 2, págs. 64 a 68 expediente digital), de modo que no se configuró la prescripción extintiva, según se expone a continuación:

Cesantías anualizadas	Exigibilidad de la sanción	Prescripción	Fecha de la reclamación
2020	15/02/2021	15/02/2024	30/07/2021

En consecuencia, como la demandante reclamó ante la administración el 30 de julio de 2021, no se configuró la prescripción de la sanción moratoria por las cesantías de la anualidad de 2020, de modo que se condenará al Municipio de Soacha-Secretaría de Educación a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la actora en el momento en que se produjo la mora.

Por otro lado, si bien en providencias anteriores se ordenó el ajuste del valor total generado por concepto de sanción moratoria según lo dispuesto en el Artículo 187 del CPACA, este despacho ajusta su posición y acoge el criterio adoptado por el Consejo de Estado¹⁴, en el sentido de determinar que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación, dada la naturaleza de dicha indemnización.

Respecto de los intereses a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que el mismo equivale a un interés anual sobre saldo de las cesantías a 31 de diciembre de cada año equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Por su parte, el Acuerdo 39 de 1998, “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG*”, dispone en su Artículo 4, lo siguiente:

“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

¹² En la demanda únicamente se solicitó la mora por la no consignación de las cesantías del año 2020.

¹³ Ello, siguiendo la forma en que el Consejo de Estado determinó el periodo de mora -sentencia del 19 de enero de 2023, Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez-.

¹⁴ Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda CE- SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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.” (Subrayado fuera de texto).

En el proceso obra prueba que el pago de los intereses de la demandante se efectuó el 27 de marzo de 2021 (pág. 76 “intereses pagados” archivo 2 expediente digital), es decir, en los términos de la Ley 91 de 1989 y del Acuerdo 39 de 1998.

Adicional a lo anterior, se advierte que la Ley 52 de 1975¹⁵ es una norma que está dirigida al sector privado¹⁶ y que la liquidación de los intereses dispuesta en ella¹⁷ es diferente a la manera que prescribe la Ley 91 de 1989¹⁸, es decir que no se podría usar la forma de establecer los intereses de esta e imponer la sanción que prevé aquella sin crear una tercera norma no emitida por el legislador.

Así las cosas, no es procedente acceder a la sanción que contempla la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses que reclama la parte actora.

Finalmente, se advierte que no es procedente condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que “*El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo*”, lo cual quiere decir que dicha sanción es impuesta al empleador que incumpla los términos señalados en la norma por la no consignación de las cesantías anuales, y no respecto del fondo de cesantías u otra entidad que intervenga en el trámite administrativo, por lo que se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que, conforme a lo dispuesto en la Ley, es el Municipio de Soacha-Secretaría de Educación como empleador, al encontrarse probado que la actora es una docente con vinculación territorial, el llamado a responder por la sanción mora y se declarará no probada la misma excepción referida propuesta por la entidad territorial-.

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCuenta Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la ocurrencia del acto ficto presunto negativo derivado de la no respuesta a la petición elevada el 30 de julio de 2021.

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD** del acto ficto o presunto negativo originado por el silencio del municipio de Soacha-Secretaría de Educación, frente a la petición radicada el 30 de julio de 2021, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al **MUNICIPIO DE SOACHA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, a pagar la señora **SONIA CÁRDENAS CORREDOR**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 52.466.759, a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los

¹⁵ Por la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares

¹⁶ Consejo de Estado, Providencia del 24 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-23-31-000-2002-00669-01(1827-04), CP ALBERTO ARANGO MANTILLA. – Consejo de Estado, providencia del 19 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-2331-000-2002-00713-01(1945-04), CP ANA MARGARITA OLAYA FORERO.

¹⁷ El artículo 1 de la Ley 75 de 1975 dispone respecto de los intereses que serán del 12% anual.

¹⁸ El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en relación con los intereses prescribe que será “...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.”

Expediente: 11001-3342-051-2022-00143-00
Demandante: SONIA CÁRDENAS CORREDOR
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y MUNICIPIO DE SOACHA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la demandante en el momento en que se produjo la mora, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- El **MUNICIPIO DE SOACHA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

QUINTO.- **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SÉPTIMO.- DECLARAR no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el MUNICIPIO DE SOACHA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, y de caducidad propuestas por los entes demandados, conforme lo motivado.

OCTAVO.- No se condena en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, **por secretaría**, y a costa de la parte actora, **EXPÍDASE** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

DÉCIMO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

DÉCIMO PRIMERO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

SB

notificacionescundinamarcalqab@gmail.com
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co
notjudicial@fiduprevisora.com.co
lasanabria@fiduprevisora.com.co
notificaciones_juridica@alcaldiasoacha.gov.co
seceduccion@alcaldiasoacha.gov.co

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **5df5da628adb6f6f5f67de0654ff43b652c73399f8acd2c0022eebfe618ac0c5**

Documento generado en 27/09/2023 08:35:51 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA No. 221	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00146-00
Demandante:	CLAUDIA ANGÉLICA ESPEJO CASAS
Demandado:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y MUNICIPIO DE SOACHA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
Decisión:	Sentencia anticipada que accede parcialmente las pretensiones de la demanda
Tema:	Indemnización moratoria por el no pago oportuno de cesantías-Ley 50 de 1990

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar **SENTENCIA ANTICIPADA** de **PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **CLAUDIA ANGÉLICA ESPEJO CASAS**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 39.543.954, contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y MUNICIPIO DE SOACHA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 2 a 59 archivo 2 expediente digital)

La demandante solicitó la nulidad del acto administrativo ficto frente a la petición presentada ante la Secretaría de Educación del Municipio de Soacha el 17 de agosto de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 50 de 1990 y la indemnización por el pago tardío de los intereses de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se condene a la demandada a: i) reconocer y pagar la sanción por mora establecida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020; ii) reconocer y pagar 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 1176 de 1991; iii) reconocer y pagar 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, tomando como base la variación del IPC, de conformidad con el Artículo 187 del CPACA; iv) reconocer y pagar los intereses moratorios conforme al Artículo 193 del CPACA; v) dar cumplimiento al fallo dentro del término establecido en el Artículo 192 del CPACA; y vi) condenar en costas.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, la apoderada señaló lo siguiente:

Manifestó que la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero de 2021. Agregó que dichos términos no fueron cumplidos por la entidad demandada.

El 17 de agosto de 2021, la demandante 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 se resolvió de forma negativa.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, los actos administrativos acusados trasgreden las siguientes normas:

- Constitución Política Artículos 13 y 53.
- Ley 91 de 1989, Artículo 5 y 15.
- Ley 50 de 1990, Artículo 99.
- Ley 1955 de 2019, Artículo 57.
- Ley 52 de 1975, Artículo 1.
- Ley 344 de 1996, Artículo 13.
- Ley 432 de 1998, Artículo 5.
- Decreto Nacional 1176 de 1991, Artículo 3.
- Decreto Nacional 1582 de 1998, Artículos 1 y 2.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como concepto de violación, la apoderada sostuvo que, conforme a lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020 -CE-SUJ-SII-022-2020-, *“el nacimiento de la sanción por mora no está condicionado al reconocimiento de la cesantía, ocurriendo de pleno derecho por el incumplimiento del pago de parte del empleador dentro de los términos de ley”*.

Sostuvo que la finalidad de la Ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Corte Constitucional C-486 de 2016, SU-098 de 2018, SU-332 de 2019 y SU-041 de 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactiva a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar el 15 de febrero de cada anualidad.

Igualmente, hizo alusión a la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019, respecto de la cual resaltó que: *“los despachos judiciales accionados desconocieron que aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, y el Decreto 1252 de 2000, no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción, pues esta es la interpretación que más se ajusta a la Constitución”*.

Concluyó que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional se han pronunciado de manera unificada sobre la aplicabilidad del contenido del Artículo 99 de la ley 50 de 1990 a los docentes oficiales, habiendo encontrado que no existe ninguna razón para que, una vez vencido el 15 de febrero de cada anualidad, las cesantías de los maestros de régimen anualizado no sean consignadas al Fomag, pues el régimen de cesantías de los docentes y los demás servidores públicos del país es exacto; de hecho, el cambio de régimen retroactivo a régimen anualizado fue efectuado desde el 29 de diciembre de 1989 a los maestros, cuando el resto de servidores públicos del país fue realizado un año con posterioridad.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio No. 297 del 2 de junio de 2022 (archivo 5 expediente digital), se procedió a efectuar la notificación en debida forma conforme lo dispuesto en la referida providencia a la Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Municipio de Soacha- Secretaría de Educación (archivo 7 expediente digital), quienes contestaron el escrito inicial en tiempo.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.5.1. Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 8 expediente digital).

La apoderada de este ente ministerial se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Expuso que a los docentes no les es aplicable la Ley 50 de 1990, en el entendido de que estos no ostentan la calidad de trabajadores privados, ya que son un régimen exceptuado.

Señaló que los docentes son considerados por la Ley y por el Consejo de Estado como empleados públicos del orden nacional, razón por la que se desvirtúa la calidad de servidores públicos del orden territorial previsto en el Decreto 1582 de 1998, que reglamentó la Ley 344 de 1996.

Resaltó que la Ley 50 de 1990 prevé su aplicación a los servidores públicos del nivel territorial afiliados a un fondo privado de cesantías y los docentes son empleados públicos del orden nacional afiliados por disposición legal única y exclusivamente a la cuenta especial de la Nación; mientras que los trabajadores particulares tienen derecho a escoger libremente el fondo de cesantías que mayor rentabilidad pueda generar a la administración de las mismas.

Sostuvo que en el régimen especial docente no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la misma vigencia presupuestal se descuenta del presupuesto de las entidades territoriales una doceava parte del situado fiscal para reservar el valor del pasivo prestacional de los docentes, lo que descarta la sanción mora por consignación extemporánea.

Agregó que en el Fomag no existe una cuenta individual por cada docente por ser un fondo común con unidad de caja, por lo que el docente debe probar que son sus cesantías individuales las que no se consignaron en tiempo.

Sobre los intereses a las cesantías, indicó que el Fomag programa su pago de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador.

Respecto 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, señaló que i) esa norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al Fomag; ii) las cesantías de los docentes afiliados al Fomag son prepagadas al fondo mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la Nación a las entidades territoriales; iii) los empleadores de los docentes afiliados al Fomag son las entidades territoriales y, en ese sentido, el Fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al Fondo quien no ostenta la calidad de empleador; iv) las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la consignación de cesantías, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de liquidación del valor de las cesantías, debido a que los recursos ya se encuentran en el Fondo; y v) aplicar a los docentes afiliados al Fomag la Ley 52 de 1975 desmejoraría sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías” debido a que las condiciones dadas por el régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general.

Indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 proferida por la Corte Constitucional no aplica a la parte actora, pues en ese caso la docente no había sido afiliada al Fomag, lo que lo hace distinto a la presente demanda.

Concluyó que a los docentes no les es aplicable la norma general, ya que estos no escogen un fondo, sino que, por voluntad del legislador, automáticamente son afiliados al Fomag, por lo cual, dado que los recursos del Fomag provienen de la Nación, no es posible dar aplicación a la norma impetrada por la parte actora. Además, sostuvo que no están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda en virtud del principio de especialidad e inescindibilidad de la norma.

2.5.2. Municipio de Soacha-Secretaría de Educación (archivo 9 expediente digital)

La apoderada judicial de la entidad territorial en comento se opuso a la prosperidad de cada una de las pretensiones de la demanda. Manifestó que la autoridad que representa, respecto del

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

trámite del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía, solo expide los actos administrativos prestacionales; sin embargo, quien aprueba el reconocimiento y efectúa los pagos es el Fomag, a través de la Fiduciaria la Previsora S.A.

Afirmó que la Secretaría de Educación del Municipio de Socha atendió de manera oportuna las solicitudes radicadas por la parte actora y actuó con diligencia aplicando los principios de celeridad, eficacia y economía procesal.

Explicó que el pago de las prestaciones sociales de los docentes, específicamente de las cesantías parciales o definitivas, se rige por el principio de unidad de caja, por lo que no existe un conjunto de cuentas individualizadas de cada docente y, en el caso bajo estudio, la accionante no probó la indisponibilidad de los recursos respecto de sus cesantías.

Precisó las diferencias que existen entre el régimen de liquidación y manejo de las cesantías previstos en las Leyes 50 de 1990 y 89 de 1989 y, reiteró que en el caso de los docentes no existe una cuenta individual a nombre de la demandante, razón por la que: *“...no se configura el presupuesto esencial previsto en la norma que fundamenta esta pretensión.”*

Concluyó que no es aplicable la posición adoptada por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-098 de 2018, como quiera que dicha sentencia no constituye precedente judicial, no hace parte de una línea reiterada de la mencionada Corporación y los supuestos fácticos del caso concreto allí analizados no se asemejan al de la aquí demandante.

2.6. PRUEBAS, FIJACIÓN DEL LITIGIO Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio del Auto Interlocutorio No. 441 del 31 de agosto de 2023 (archivo 29 expediente digital), el despacho tuvo como pruebas las aportadas al proceso, fijó el litigio y, en firme dichas decisiones, dispuso correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para presentar escrito de alegaciones finales.

Parte demandante (archivos 31 y 32 expediente digital): reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Así mismo, aportó providencias judiciales que resuelven sobre la sanción moratoria que aquí se debate.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Cuestión previa

Procede el despacho a pronunciarse sobre la excepción de caducidad formulada por la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya decisión se difirió para el momento del fallo, tal como se indicó en el auto del 17 de noviembre de 2022 (archivo 11 expediente digital).

Como fundamento de la excepción, la entidad demandada consideró que al darse respuesta el 31 de agosto de 2021, la parte actora contaba con 4 meses para demandar y, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 4 de mayo de 2022, los términos con que contaba excedieron con suficiencia (archivo 8, pág. 38 expediente digital).

Sobre el particular, el despacho considera que no está llamado a prosperar el medio exceptivo propuesto, toda vez que, conforme se indicó en el auto del 17 de noviembre de 2022 -al resolver la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de requisitos formales planteada por la entidad territorial accionada- se considera que la respuesta brindada por la entidad no es de fondo y no se advierte un pronunciamiento expreso de la administración en el que resuelva lo solicitado en la reclamación administrativa, por lo que los términos de caducidad en el presente caso no son de 4 meses.

En tal sentido, se debe tener presente que uno de los casos en donde no opera el fenómeno de la caducidad se presenta cuando se demandan actos producto del silencio administrativo (literal d), numeral 1 del Artículo 164 de la Ley 1437 de 2011), caso en el cual la demanda puede ser presentada en cualquier tiempo.

En lo que respecta a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, formulada por

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

las entidades demandadas, la misma se resolverá con el fondo del asunto.

3.2. Problema jurídico

El problema jurídico se circunscribe a determinar si la demandante, CLAUDIA ANGÉLICA ESPEJO CASAS, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en Ley 50 de 1990 y la indemnización por el no pago de los intereses de las cesantías prevista en la Ley 52 de 1975, por el presunto retardo en la consignación de las cesantías anualizadas y los intereses de las mismas, comprendidas entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 2020 así como los ajustes legales a los valores adeudados e intereses correspondientes.

3.3. Del marco normativo

3.3.1. Del régimen de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero únicamente respecto del tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942. El Decreto 2767 de 1945 hizo extensivas las cesantías a los empleados y obreros al servicio de los departamentos y municipios.

A su vez, el Artículo 1º de la Ley 65 de 1946 dispuso que «Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.» En el párrafo de esta norma, se extendió este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios.

Al amparo de dichas disposiciones, el auxilio de cesantía de los servidores públicos a nivel territorial debía liquidarse con retroactividad, pagando un mes de salario por cada año de servicio, computando todo el tiempo laborado y teniendo en cuenta el último salario devengado, a menos que haya tenido modificaciones en los últimos tres meses.

De otra parte, la liquidación del auxilio de cesantías fue reglamentada a través del Artículo 6º del Decreto 1160 de 1947 que indicó que: *“para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”*

Hasta este momento, el ordenamiento jurídico no consagraba de manera específica para los docentes un régimen de liquidación de cesantías, razón por la cual dicho personal estaba sujeto a las normas prestacionales de los empleados públicos.

Con la expedición de la Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se determinó que dicha entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes.

En el Párrafo del Artículo 2º de la Ley 91 se advirtió cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la misma:

“Párrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.”

En similar sentido, respecto del régimen prestacional de los docentes nacionalizados,

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

nacionales y aquellos que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, el Artículo 15 dispuso:

“Artículo 15º.- 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:

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 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, 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.”

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3 de este mismo Artículo consagró:

“3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, 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.”

De lo anterior se deduce que a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, y los docentes territoriales vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

En punto al tema, en reiteradas decisiones, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que los docentes oficiales vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, sin importar si fueron vinculados a través de un ente territorial, o si fueron financiados o cofinanciados, se deben acoger al régimen prestacional establecido en la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su Artículo 81 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 la presente ley”*.

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido Fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003 estableció:

“Artículo 1º.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1º.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (Negrilla fuera de texto).

Parágrafo 2º.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5º. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.”

Ahora bien, en sentencia del 18 de enero de 2018¹, el Consejo de Estado consideró que quienes se vincularon como docentes con posterioridad al 1º de enero de 1990 cuentan con un régimen prestacional especial señalado en la Ley 91 de 1989 por lo que las cesantías a que tengan derecho se liquidan de forma anualmente sin retroactividad.

3.3.2. Del régimen anualizado de cesantías dispuesto en la Ley 50 de 1990.

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», dio un paso adicional encaminado a ampliar la cobertura del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para la generalidad de los servidores públicos, al consagrar, en su Artículo 13, lo siguiente:

“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 Organos 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”.

La norma vigente a la fecha de expedición de la previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo Artículo 99 consagró:

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Sentencia del 18 de enero de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 19001-33-31-000-2011-00305-01 (1733-2016). Demandante: Juvencio Chilito Chilito. Demandado: Departamento del Cauca.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

“Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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”.

De igual manera, es necesario indicar que el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los Artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus Artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, la Ley 432 de 1998, en sus Artículos 5 y siguientes. Así lo determinó:

“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”.

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores².

Asimismo, es necesario indicar que el Decreto 1252 de 2000, «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública», estableció lo siguiente:

“Artículo 1º.- Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías. Parágrafo. Los fondos o entidades públicas, incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo”.

Del caso concreto

En el caso concreto, están probados los siguientes hechos:

- La demandante es docente y según se desprende de las pruebas obrantes en el proceso su vinculación es de carácter territorial (archivo 21 expediente digital)³.

- Obra extracto de los intereses de las cesantías consignados a la parte actora, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 2, págs. 76 y 77 expediente digital):

² Es decir, el sistema de liquidación retroactiva, consagrado en Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

³ Lo anterior, teniendo en cuenta que, el nombramiento en periodo de prueba efectuado a favor de la señora Claudia Angélica Espejo Casas, y posterior nombramiento en propiedad como docente, lo hizo el alcalde del Municipio de Soacha (págs. 92 a 115), por lo que, según lo dispuesto por el Artículo 1º de la Ley 91 de 1989, se tiene que la vinculación de la parte actora es como docente territorial.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00146-00
Demandante: CLAUDIA ANGÉLICA ESPEJO CASAS
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y MUNICIPIO DE SOACHA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

INTERESES PAGADOS						
Año	DTF	Cesantías	Acumulado	Intereses	Fecha	Estado
1997	0%	360,454	0	0		VALOR REPORTADO PARA ACUMULADO
1998	34.57%	626,319	986,773	341,127	22/09/2000	PRESENTE PAGO
1999	16.2%	797,961	1,784,734	289,127	22/09/2000	PRESENTE PAGO
2000	13.67%	928,662	2,713,396	370,921	07/05/2001	PRESENTE PAGO
2001	12.89%	1,340,661	4,054,057	522,568	21/04/2004	REPROGRAMACION
2002	9.07%	1,406,756	5,460,813	495,296	21/04/2004	REPROGRAMACION
2003	8.07%	1,386,481	6,847,294	552,577	21/07/2004	PRESENTE PAGO
2004	8.13%	1,566,263	8,413,557	684,022	12/03/2005	PRESENTE PAGO
2005	7.19%	1,661,013	10,074,570	724,362	13/03/2006	PRESENTE PAGO
2006	6.56%	1,889,868	11,964,438	784,867	04/05/2007	PRESENTE PAGO
2007	8.26%	2,304,160	14,268,598	1,178,586	10/03/2008	PRESENTE PAGO
2008	10.04%	2,923,785	17,192,383	1,726,115	06/07/2009	PRESENTE PAGO
2009	6.24%	3,149,917	20,342,300	1,269,360	30/03/2010	PRESENTE PAGO
2010	3.88%	3,148,465	23,490,765	911,442	22/06/2011	PRESENTE PAGO
2011	4.61%	3,284,656	26,775,421	1,234,347	21/03/2012	PRESENTE PAGO
2012	5.85%	3,448,889	30,224,310	1,768,122	27/03/2013	PRESENTE PAGO
2013	4.44%	3,567,531	33,791,841	1,500,358	22/03/2014	PRESENTE PAGO
2014	4.46%	3,779,003	37,570,844	1,675,660	18/03/2015	PRESENTE PAGO
2015	5.13%	4,084,174	7,863,177	403,381	12/03/2016	PRESENTE PAGO
2016	7.52%	4,489,547	12,352,724	928,925	17/03/2017	PRESENTE PAGO
2017	6.37%	4,888,443	17,241,167	1,098,262	15/03/2018	PRESENTE PAGO
2018	5.05%	5,320,249	22,561,416	1,139,352	19/03/2019	PRESENTE PAGO
2019	4.98%	5,759,058	28,320,474	1,410,360	24/03/2020	PRESENTE PAGO
2020	3.64%	6,109,224	34,429,698	1,253,241	27/03/2021	PRESENTE PAGO

PAGOS REALIZADOS				
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto
200010190001892	2000-10-19	BBVA COLOMBIA	BANCO GANADERO CAZUCA - BOGOTA	630254
200105300008740	2001-05-30	DAVIVIENDA (BANCAFE)	TERREROS	370921
200311060007603	2003-11-06	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	1017864
200405120013693	2004-05-12	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	1017864

PAGOS REALIZADOS				
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto
200408100006169	2004-08-10	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	552577
200503310042346	2005-03-31	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	684022
200603300045079	2006-03-30	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	724362
200705280011629	2007-05-28	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	784867
200803310072305	2008-03-31	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	1178586
200907170013800	2009-07-17	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	1726115
201004120098289	2010-04-12	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	1269360
201107120017058	2011-07-12	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	911442
201205090102963	2012-05-09	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	1234347
201304080064762	2013-04-08	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	1768122
201403280063566	2014-03-28	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	1500358
201503270066924	2015-03-27	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	1675660
201603310068550	2016-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	403381
201703310066926	2017-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	928925
201803280066829	2018-03-28	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	1098262
201903290066414	2019-03-29	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	1139352
202003310064892	2020-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	1410360
202103310063452	2021-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	1253241

Ahora, en este punto es del caso traer a colación lo señalado por la Subsección B del Consejo de Estado⁴, frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, así:

“Según lo previsto en el artículo 115 de la Ley 155 de 1994, los docentes oficiales se benefician del reconocimiento del auxilio de cesantías de acuerdo con los parámetros establecidos por el artículo 15 (numeral 3) de la Ley 91 de 1989, norma en la que se distinguen, por un lado, los docentes que son beneficiarios del régimen de cesantías retroactivas y, por otro, a quienes se les aplica el régimen de cesantías anualizadas con pago de intereses y sin retroactividad.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 13 de noviembre de 2020, expediente 08001-23-33-000-2013-00394-01 , número interno 5156-16, M.P. Cesar Palomino Cortés.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Quiere decir lo anterior, que los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1990 gozan del régimen de cesantías anualizadas, prestación que desde la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996⁵, debe liquidarse de acuerdo con lo previsto por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es decir, anualmente y consignarse en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de mora (...). ”.

Así mismo, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁶ ha sostenido lo siguiente:

“En efecto, sobre ese particular, la Corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 sostuvo que el «hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política».

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando el «ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000». Y finalmente, concluyó:

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

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

[...]

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

5 “**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 Organos 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.

<Inciso 30. INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

⁶ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2022, expediente 08001-23-33-000-2017-00795-01 , número interno 2659-2020, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Sumado a lo anterior, **el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que hipótesis como las que ahora se encuentran bajo estudio pueden desconocer el derecho a la igualdad.**

[...]

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

Asimismo, en Sentencia SU-332 de 2019 esa corporación también concluyó que:

52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990”⁷.

Nuevamente, en el año 2023, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁸, frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, indicó:

“(…) Conforme a la normativa transcrita se tiene entonces que los docentes oficiales que se vincularon a partir del 1°. de enero de 1990 les es aplicable el régimen de cesantías anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990, que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social con pago de intereses, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de retardo”.

Del mismo modo, recientemente, el Consejo de Estado⁹, al resolver una solicitud de tutela contra providencia judicial, acogió el principio de favorabilidad y consideró que es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales; así lo indicó:

“(…) Sin embargo, se resalta que la referida línea jurisprudencial fue modificada por vía de solicitud de tutela, al considerarse que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la prestación mencionada, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, para evitar incurrir en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso. (...)”

En este orden de ideas, se evidencia que en materia de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías anualizadas en favor de los docentes, si bien no existe una sentencia de unificación proferida por el alto tribunal de lo contencioso administrativo, la corporación ha sentado una línea pacífica al respecto que permite acceder al amparo

⁷ Este mismo criterio se mantiene en la Subsección A del Consejo de Estado. Ver sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 08001-23-33-000-2015-80070-01 (1549-2021), M.P. Carmelo Perdomo Cueter.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de marzo de 2023, expediente 11001-03-15-000-2023-01063-00, MP Juan Enrique Bedoya Escobar.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

solicitado, en tanto se desconoció la actual postura decisional en virtud de la cual a los docentes sí les aplican las disposiciones del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual resulta «más favorable respecto de los derechos laborales», máxime cuando el ámbito de aplicación de la referida sanción moratoria se extiende a todos los empleados públicos.

Ello teniendo en cuenta que, pese a que el Tribunal accionado explicó las razones por las cuales acogió la tesis que en principio tenían la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la materia, esto es, negar el reconocimiento de la sanción moratoria en favor de los docentes en los términos de la Ley 50 de 1990 por pertenecer a un régimen especial, esta Sala de Decisión extraña una motivación suficiente que permita entender por qué se apartó de la tesis vigente, máxime, cuando les resulta beneficiosa frente a la protección integral que merecen sus derechos labores.”

También, la Corte Constitucional ha considerado que los docentes tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 50 de 1990; así lo señaló en la Sentencia SU-041 de 2020:

“5.1.6. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional antes reseñada, es posible concluir que: (i) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías; (ii) el reconocimiento de esta prestación económica frente a los miembros del magisterio ha operado tanto en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, como por extensión del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a través de la Ley 344 de 1996, reglamentada por los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000; (iii) en todas las acciones de tutela reseñadas, los docentes habían interpuesto demandas -hoy medio de control- de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de actos administrativos que les negaban el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, razón por la cual las decisiones en sede constitucional ordenaron su revocatoria y la expedición de nuevos fallos, en términos perentorios, que sí reconocieran la indemnización(...)” (Subraya el despacho).

Así las cosas, este despacho acoge el anterior criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el sentido de que, conforme al principio de favorabilidad, le es aplicable a los docentes el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Ahora bien, no pasa por alto el despacho que mediante Sentencia SU-573 de 2019, la Corte Constitucional indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 no constituye un precedente al caso allí estudiado, por considerar que no se evidenciaba *prima facie* una amenaza de vulneración de los derechos fundamentales y por ausencia de identidad fáctica que pudiera aplicarse al caso concreto. Sin embargo, al declarar la improcedencia de la acción de tutela, no definió de manera concreta los criterios a tener en cuenta para que se configure el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los docentes afiliados al Fomag y estimó que la interpretación y unificación de la jurisprudencia le corresponde al máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Es decir, dejó en manos de esta jurisdicción la decisión de la aplicación del Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual hasta la fecha no se ha dado. En tal sentido, no se puede concluir que la Sentencia SU-573 de 2019 constituya un precedente aplicable al *sub examine*.

Antes de entrar a analizar como incurrió la mora en el caso en concreto, es pertinente traer a colación las reglas dispuestas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en relación con el reconocimiento de cesantías y sanción moratoria prevista en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016¹⁰, en la que estableció lo siguiente:

“1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.

2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero – Providencia del 25 de agosto de 2016 - Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16 - Actor: Yesenia Esther Hereira Castillo - Demandado: Municipio De Soledad.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- 3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.
- 4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.
- 5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.”

La citada decisión fue objeto de aclaración en providencia del 06 de agosto del 2020¹¹, en relación con el momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción para reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías anualizadas, en el siguiente sentido:

- “i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.
- ii) En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción.”

Ahora bien, revisado el expediente se advierte que no existe prueba del reconocimiento de las cesantías, ya que únicamente fue allegada la certificación de pago de los intereses de las cesantías a la demandante, respecto de los cuales vale la pena aclarar que dichos intereses son pagados directamente al trabajador.

En consecuencia, no es posible establecer si la entidad demandada ha cancelado o no las cesantías a la demandante, por lo que se establecerá como fecha límite de la sanción moratoria por el no pago de cesantías hasta la fecha en que se haga efectiva la consignación de las mismas en el Fomag.

De acuerdo con lo expuesto, en el caso concreto se causó una sanción moratoria a favor de la demandante desde el 15 de febrero de 2021, cuando la entidad empleadora incurrió en retardo por las cesantías del 2020¹², así:

Anualidad Cesantías	Fecha que la Ley 50/90 dispone para la consignación	Exigibilidad de la sanción	Fecha límite de la sanción por pago
2020	14/02/2021	15/02/2021	Hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag ¹³ , condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma

¹¹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Sentencia de Unificación por Importancia Jurídica - Sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 – Providencia del 06 de agosto de 2020 – Expediente No. 08001-23-33-000-2013-00666-01 – No. Interno 0833-2016 – Demandante: María Lucely Taborda Cervantes – Demandado: Municipio de Sabanagrande (Atlántico)

¹² En la demanda únicamente se solicitó la mora por la no consignación de las cesantías del año 2020.

¹³ Ello, siguiendo la forma en que el Consejo de Estado determinó el periodo de mora -sentencia del 19 de enero de 2023, Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez-.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Por otro lado, la demandante presentó la reclamación de la sanción moratoria en sede administrativa el 17 de agosto de 2021 (archivo 2, págs. 64 a 67 expediente digital), de modo que no se configuró la prescripción extintiva, según se expone a continuación:

Cesantías anualizadas	Exigibilidad de la sanción	Prescripción	Fecha de la reclamación
2020	15/02/2021	15/02/2024	17/08/2021

En consecuencia, como la demandante reclamó ante la administración el 17 de agosto de 2021, no se configuró la prescripción de la sanción moratoria por las cesantías de la anualidad de 2020, de modo que se condenará al Municipio de Soacha-Secretaría de Educación a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la actora en el momento en que se produjo la mora.

Por otro lado, si bien en providencias anteriores se ordenó el ajuste del valor total generado por concepto de sanción moratoria según lo dispuesto en el Artículo 187 del CPACA, este despacho ajusta su posición y acoge el criterio adoptado por el Consejo de Estado¹⁴, en el sentido de determinar que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación, dada la naturaleza de dicha indemnización.

Respecto de los intereses a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que el mismo equivale a un interés anual sobre saldo de las cesantías a 31 de diciembre de cada año equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Por su parte, el Acuerdo 39 de 1998, *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG”*, dispone en su Artículo 4, lo siguiente:

“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.” (Subrayado fuera de texto).

En el proceso obra prueba que el pago de los intereses de la demandante se efectuó el 27 de marzo de 2021 (pág. 76 “intereses pagados” archivo 2 expediente digital), es decir, en los términos de la Ley 91 de 1989 y del Acuerdo 39 de 1998.

Adicional a lo anterior, se advierte que la Ley 52 de 1975¹⁵ es una norma que está dirigida al sector privado¹⁶ y que la liquidación de los intereses dispuesta en ella¹⁷ es diferente a la manera que prescribe la Ley 91 de 1989¹⁸, es decir que no se podría usar la forma de establecer los

¹⁴ Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda CE- SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018.

¹⁵ Por la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares

¹⁶ Consejo de Estado, Providencia del 24 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-23-31-000-2002-00669-01(1827-04), CP ALBERTO ARANGO MANTILLA. – Consejo de Estado, providencia del 19 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-2331-000-2002-00713-01(1945-04), CP ANA MARGARITA OLAYA FORERO.

¹⁷ El artículo 1 de la Ley 75 de 1975 dispone respecto de los intereses que serán del 12% anual.

¹⁸ El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en relación con los intereses prescribe que será “...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.”

Página 14 de 16

Expediente: 11001-3342-051-2022-00146-00
Demandante: CLAUDIA ANGÉLICA ESPEJO CASAS
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y MUNICIPIO DE SOACHA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

intereses de esta e imponer la sanción que prevé aquella sin crear una tercera norma no emitida por el legislador.

Así las cosas, no es procedente acceder a la sanción que contempla la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses que reclama la parte actora.

Finalmente, se advierte que no es procedente condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que *“El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”*, lo cual quiere decir que dicha sanción es impuesta al empleador que incumpla los términos señalados en la norma por la no consignación de las cesantías anuales, y no respecto del fondo de cesantías u otra entidad que intervenga en el trámite administrativo, por lo que se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que, conforme a lo dispuesto en la Ley, es el Municipio de Soacha-Secretaría de Educación como empleador, al encontrarse probado que la actora es una docente con vinculación territorial, el llamado a responder por la sanción mora y se declarará no probada la misma excepción referida propuesta por la entidad territorial.

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la ocurrencia del acto ficto presunto negativo derivado de la no respuesta a la petición elevada el 17 de agosto de 2021.

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD** del acto ficto o presunto negativo originado por el silencio del municipio de Soacha-Secretaría de Educación, frente a la petición radicada el 17 de agosto de 2021, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al **MUNICIPIO DE SOACHA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, a pagar la señora **CLAUDIA ANGELICA ESPEJO CASAS**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 39.543.954, a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la demandante en el momento en que se produjo la mora, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- El **MUNICIPIO DE SOACHA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

QUINTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SÉPTIMO.- DECLARAR no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el MUNICIPIO DE SOACHA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, y de

Expediente: 11001-3342-051-2022-00146-00
Demandante: CLAUDIA ANGÉLICA ESPEJO CASAS
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y MUNICIPIO DE SOACHA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

caducidad propuesta por la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

OCTAVO.- No se condena en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, **por secretaría**, y a costa de la parte actora, **EXPÍDASE** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

DÉCIMO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

DÉCIMO PRIMERO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

SB

notificacionescundinamarcalqab@gmail.com
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co
notjudicial@fiduprevisora.com.co
lasanabria@fiduprevisora.com.co
t_dmhernandez@fiduprevisora.com.co
notificaciones_juridica@alcaldiasoacha.gov.co
seceduccion@alcaldiasoacha.gov.co

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **f4c446f9b7d530eb5b40345c070729b9db5bf0bade1c25ad230088112e904ba3**

Documento generado en 27/09/2023 08:35:52 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA No. 215	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00156-00
Demandante:	LUZ STELLA MONGUÍ IZQUIERDO
Demandado:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
Decisión:	Sentencia anticipada que accede parcialmente las pretensiones de la demanda
Tema:	Indemnización moratoria por el no pago oportuno de cesantías-Ley 50 de 1990

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar **SENTENCIA ANTICIPADA** de **PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **LUZ STELLA MONGUÍ IZQUIERDO**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 41.701.109, contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 6 a 53 archivo 2 expediente digital)

La demandante solicitó la nulidad del acto administrativo ficto frente a la petición presentada ante la Secretaría de Educación de Bogotá el 18 de agosto de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 50 de 1990 y la indemnización por el pago tardío de los intereses de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se condene a la demandada a: i) reconocer y pagar la sanción por mora establecida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020; ii) reconocer y pagar 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 1176 de 1991; iii) reconocer y pagar 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, tomando como base la variación del IPC, de conformidad con el Artículo 187 del CPACA; iv) reconocer y pagar los intereses moratorios conforme al Artículo 193 del CPACA; v) dar cumplimiento al fallo dentro del término establecido en el Artículo 192 del CPACA; y vi) condenar en costas.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, la apoderada señaló lo siguiente:

Manifestó que la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero de 2021. Agregó que dichos términos no fueron cumplidos por la entidad demandada.

El 18 de agosto de 2021, la demandante 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 se resolvió de forma negativa.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, los actos administrativos acusados trasgreden las siguientes normas:

- Constitución Política Artículos 13 y 53.
- Ley 91 de 1989, Artículo 5 y 15.
- Ley 50 de 1990, Artículo 99.
- Ley 1955 de 2019, Artículo 57.
- Ley 52 de 1975, Artículo 1.
- Ley 344 de 1996, Artículo 13.
- Ley 432 de 1998, Artículo 5.
- Decreto Nacional 1176 de 1991, Artículo 3.
- Decreto Nacional 1582 de 1998, Artículos 1 y 2.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como concepto de violación, la apoderada sostuvo que, conforme a lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020 -CE-SUJ-SII-022-2020-, *“el nacimiento de la sanción por mora no está condicionado al reconocimiento de la cesantía, ocurriendo de pleno derecho por el incumplimiento del pago de parte del empleador dentro de los términos de ley”*.

Sostuvo que la finalidad de la Ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Corte Constitucional C-486 de 2016, SU-098 de 2018, SU-332 de 2019 y SU-041 de 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactiva a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar el 15 de febrero de cada anualidad.

Igualmente, hizo alusión a la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019, respecto de la cual resaltó que: *“los despachos judiciales accionados desconocieron que aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, y el Decreto 1252 de 2000, no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción, pues esta es la interpretación que más se ajusta a la Constitución”*.

Concluyó que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional se han pronunciado de manera unificada sobre la aplicabilidad del contenido del Artículo 99 de la ley 50 de 1990 a los docentes oficiales, habiendo encontrado que no existe ninguna razón para que, una vez vencido el 15 de febrero de cada anualidad, las cesantías de los maestros de régimen anualizado no sean consignadas al Fomag, pues el régimen de cesantías de los docentes y los demás servidores públicos del país es exacto; de hecho, el cambio de régimen retroactivo a régimen anualizado fue efectuado desde el 29 de diciembre de 1989 a los maestros, cuando el resto de servidores públicos del país fue realizado un año con posterioridad.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio No. 298 del 02 de junio de 2022 (archivo 5 expediente digital), se procedió a efectuar la notificación en debida forma conforme lo dispuesto en la referida providencia a la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Distrito Capital- Secretaría de Educación (archivo 7 expediente digital), quienes contestaron la demanda dentro de la oportunidad legal.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.5.1. Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 8 expediente digital).

La apoderada de este ente ministerial se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Expuso que el régimen de cesantías del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio es el descrito en la Ley 91 de 1989, cuyos intereses son más altos que los que se pagan al régimen general.

Sostuvo que en el Fomag no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la misma vigencia presupuestal se descuenta del presupuesto de las entidades territoriales una doceava parte del situado fiscal para reservar el valor del pasivo prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías, por lo que se trata de un “prepago de las cesantías” mas no de una consignación en la vigencia siguiente, lo que descarta la sanción mora.

Por lo anterior, señaló que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de liquidación, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el Fomag antes del 1º de febrero de cada vigencia siguiente.

Sobre los intereses a las cesantías, indicó que el Fomag programa su pago de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador.

Respecto 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, señaló que: i) esa norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al Fomag; ii) aplicar a los docentes afiliados al Fomag la Ley 52 de 1975, desmejoraría sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías” debido a que las condiciones dadas por el régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general; iii) lo pretendido por la demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad o conglobamiento, esto es, la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece; iv) los empleadores de los docentes afiliados al Fomag son las entidades territoriales, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de empleador; y v) las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.

Indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 proferida por la Corte Constitucional no aplica a la parte actora, pues en ese caso la docente no había sido afiliada al Fomag, lo que lo hace distinto a la presente demanda.

2.5.2. Distrital Capital-Secretaría de Educación (archivo 9 expediente digital)

La apoderada de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y se pronunció sobre cada uno de los hechos de la demanda.

Como fundamentos de su defensa, hizo referencia a las normas que cobijan al personal docente, como es la Ley 91 de 1989, la cual prevé la forma en que el Fomag debe cancelar las cesantías al personal docente, la cual se realiza mediante dos sistemas de liquidación, anualizado o retroactivo, determinado según la fecha de vinculación del docente.

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

Indicó que la entidad cuenta con 2 fuentes de financiación de sus docentes, situación que sólo se presenta en 2 entes territoriales a nivel nacional: Bogotá y Barranquilla y sobre el cual efectuó precisiones respecto los recursos propios y el Sistema General de Participación.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Señaló que la sanción mora establecida en la Ley 50 de 1990 no puede ser equiparable al régimen excepcional de los docentes, toda vez que para ser aplicable debe ser consignada en una cuenta individual del trabajador en el fondo de cesantías seleccionado por el mismo, a más tardar el 14 de febrero por parte del empleador, momento desde el cual empieza a contar el término de la causación moratoria mientras que las cesantías a cargo del FOMAG, cuyos recursos proviene del Sistema General de Participación para la educación, deben ser presupuestados por la entidad territorial y cancelados y administrados por la Fiduprevisora.

Adujo que en el presente asunto resulta inaplicable la Sentencia SU 098 de 2018, al considerar que dicha sentencia desconoce el precedente jurisprudencial, así como las normas especiales que regulan el reconocimiento de las cesantías al personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, las cuales no contemplan la obligación de consignar las cesantías, sino de realizar los reportes en distintas oportunidades para que el Fomag cuente permanentemente con recursos para realizar el pago de las prestaciones sociales de los docentes. Para el caso del reporte de las cesantías de la vigencia 2020 se estableció como fecha límite el 5 de febrero de 2021 y mensualmente la Secretaría de Educación está reportando la causación de las cesantías a la misma Fiduprevisora, tal como lo dispone el Artículo 8 del Decreto 3752 de 2003, compilado en el Decreto 1075 de 2015. Finalmente, solicitó al despacho negar las pretensiones de la demanda.

2.6. PRUEBAS, FIJACIÓN DEL LITIGIO Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio del Auto Interlocutorio No. 442 del 31 de agosto de 2023 (archivo 29 expediente digital), el despacho tuvo como pruebas las aportadas al proceso, fijó el litigio y, en firme dichas decisiones, dispuso correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para presentar escrito de alegaciones finales.

Parte demandante (archivo 32 expediente digital): reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Así mismo, aportó providencias judiciales que resuelven sobre la sanción moratoria que aquí se debate.

Distrito Capital-Secretaría de Educación (archivo 31 expediente digital): reiteró los argumentos señalados en la contestación de la demanda.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

El problema jurídico se circunscribe a determinar si la demandante, LUZ STELLA MONGUÍ IZQUIERDO, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en Ley 50 de 1990 y la indemnización por el no pago de los intereses de las cesantías prevista en la Ley 52 de 1975, por el presunto retardo en la consignación de las cesantías anualizadas y los intereses de las mismas, comprendidas entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 2020 así como los ajustes legales a los valores adeudados e intereses correspondientes.

3.2. Del marco normativo

3.2.1. Del régimen de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero únicamente respecto del tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942. El Decreto 2767 de 1945 hizo extensivas las cesantías a los empleados y obreros al servicio de los departamentos y municipios.

A su vez, el Artículo 1º de la Ley 65 de 1946 dispuso que «Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.» En el párrafo de esta norma, se extendió este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Al amparo de dichas disposiciones, el auxilio de cesantía de los servidores públicos a nivel territorial debía liquidarse con retroactividad, pagando un mes de salario por cada año de servicio, computando todo el tiempo laborado y teniendo en cuenta el último salario devengado, a menos que haya tenido modificaciones en los últimos tres meses.

De otra parte, la liquidación del auxilio de cesantías fue reglamentada a través del Artículo 6º del Decreto 1160 de 1947 que indicó que: *“para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”*

Hasta este momento, el ordenamiento jurídico no consagraba de manera específica para los docentes un régimen de liquidación de cesantías, razón por la cual dicho personal estaba sujeto a las normas prestacionales de los empleados públicos.

Con la expedición de la Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se determinó que dicha entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes.

En el Parágrafo del Artículo 2º de la Ley 91 se advirtió cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la misma:

“Parágrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.”

En similar sentido, respecto del régimen prestacional de los docentes nacionalizados, nacionales y aquellos que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, el Artículo 15 dispuso:

“Artículo 15º.- 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:

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 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, 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.”

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3 de este mismo Artículo consagró:

“3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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, 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.”

De lo anterior se deduce que a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, y los docentes territoriales vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

En punto al tema, en reiteradas decisiones, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que los docentes oficiales vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, sin importar si fueron vinculados a través de un ente territorial, o si fueron financiados o cofinanciados, se deben acoger al régimen prestacional establecido en la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su Artículo 81 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 la presente ley”*.

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido Fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003 estableció:

“Artículo 1º.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1º.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (Negrilla fuera de texto).

Parágrafo 2º.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5º. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.”

Ahora bien, en sentencia del 18 de enero de 2018¹, el Consejo de Estado consideró que quienes se vincularon como docentes con posterioridad al 1º de enero de 1990 cuentan con un régimen prestacional especial señalado en la Ley 91 de 1989 por lo que las cesantías a que tengan derecho se liquidan de forma anualmente sin retroactividad.

3.2.2. Del régimen anualizado de cesantías dispuesto en la Ley 50 de 1990.

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», dio un paso adicional encaminado a ampliar la cobertura del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para la generalidad de los servidores públicos, al consagrar, en su Artículo 13, lo siguiente:

“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 Organos 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”.

La norma vigente a la fecha de expedición de la previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo Artículo 99 consagró:

“Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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”.

De igual manera, es necesario indicar que el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los Artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus Artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, la Ley 432 de 1998, en sus Artículos 5 y siguientes. Así lo determinó:

“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

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Sentencia del 18 de enero de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 19001-33-31-000-2011-00305-01 (1733-2016). Demandante: Juvencio Chilito Chilito. Demandado: Departamento del Cauca.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00156-00
Demandante: LUZ STELLA MONGUÍ IZQUIERDO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998”.

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores².

Asimismo, es necesario indicar que el Decreto 1252 de 2000, «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública», estableció lo siguiente:

“Artículo 1º.- Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías. Parágrafo. Los fondos o entidades públicas, incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo”.

Del caso concreto

En el caso concreto, están probados los siguientes hechos:

- La demandante es docente y según se desprende de las pruebas obrantes en el proceso su vinculación es de carácter territorial (archivos 13 y 19 expediente digital).
- Obra extracto de los intereses de las cesantías consignados a la parte actora, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 2, págs. 65 a 67 expediente digital):

CESANTIAS QUE AFECTAN LA LIQUIDACIÓN DE INTERESES						
Vinculacion	Fuente recursos	Prestacion		Valor	Numero resolución	Fecha de pago
Sin datos	Sin datos	Sin datos		Sin datos	Sin datos	Sin datos

INTERESES PAGADOS						
Año	DTF	Cesantias	Acumulado	Intereses	Fecha	Estado
1993	0%	142,442	0	0		VALOR REPORTADO PARA ACUMULADO
1994	0%	222,800	0	0		VALOR REPORTADO PARA ACUMULADO
1995	0%	265,729	0	0		VALOR REPORTADO PARA ACUMULADO
1996	27.99%	331,404	962,375	269,369	02/03/1997	PRESENTE PAGO
1997	24.37%	401,607	1,363,982	332,402	29/03/1998	REPROGRAMACION POR ADICIONAL REALIZADO
1998	34.57%	671,235	2,035,217	703,575	12/03/1999	PRESENTE PAGO
1999	16.2%	1,127,900	3,163,117	512,425	11/03/2000	PRESENTE PAGO
2000	13.67%	1,419,509	4,582,626	626,445	07/05/2001	PRESENTE PAGO
2001	12.89%	1,643,816	6,226,442	802,588	05/03/2002	PRESENTE PAGO
2002	9.07%	1,724,027	7,950,469	721,108	05/03/2003	PRESENTE PAGO
2003	8.07%	1,813,840	9,764,309	787,980	05/03/2004	PRESENTE PAGO
2004	8.13%	1,901,804	11,666,113	948,455	12/03/2005	PRESENTE PAGO
2005	7.19%	2,006,395	13,672,508	983,053	13/03/2006	PRESENTE PAGO
2006	6.56%	2,106,707	15,779,215	1,035,117	09/03/2007	PRESENTE PAGO
2007	8.26%	2,201,503	17,980,718	1,485,207	10/03/2008	PRESENTE PAGO
2008	10.04%	2,326,759	20,307,477	2,038,871	06/04/2009	PRESENTE PAGO
2009	6.24%	2,505,210	22,812,687	1,423,512	30/03/2010	PRESENTE PAGO
2010	3.88%	2,555,311	25,367,998	984,278	10/03/2011	PRESENTE PAGO
2011	4.61%	2,636,310	28,004,308	1,290,999	21/03/2012	PRESENTE PAGO
2012	5.85%	2,768,118	30,772,426	1,800,187	27/03/2013	PRESENTE PAGO
2013	4.44%	2,863,336	33,635,762	1,493,428	22/03/2014	PRESENTE PAGO
2014	4.46%	3,034,299	36,670,061	1,635,485	18/03/2015	PRESENTE PAGO
2015	5.13%	3,403,656	40,073,717	2,055,782	12/03/2016	PRESENTE PAGO
2016	7.52%	3,741,465	43,815,182	3,294,902	17/03/2017	PRESENTE PAGO
2017	6.37%	4,073,879	47,889,061	3,050,533	15/03/2018	PRESENTE PAGO
2018	5.05%	4,427,874	52,316,935	2,642,005	19/03/2019	PRESENTE PAGO
2019	4.98%	4,788,452	57,105,387	2,843,848	24/03/2020	PRESENTE PAGO
2020	3.64%	5,109,066	62,214,453	2,264,606	27/03/2021	PRESENTE PAGO

PAGOS REALIZADOS				
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto
200003300030286	2000-03-30	BBVA COLOMBIA	MULTIFERIA VEINTE DE JULIO	512425

² Es decir, el sistema de liquidación retroactiva, consagrado en Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00156-00
Demandante: LUZ STELLA MONGUÍ IZQUIERDO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

200105300012447	2001-05-30	DAVIVIENDA (BANCAFE)	SANTA ISABEL	626445
200203260013105	2002-03-26	DAVIVIENDA (BANCAFE)	SANTA ISABEL	802588
200303280042326	2003-03-28	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	721108
200403260039696	2004-03-26	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	787980
200503310045267	2005-03-31	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	948455
200603300048438	2006-03-30	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	983053
200703200048448	2007-03-20	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	1035117
200803310075868	2008-03-31	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	1485207
200904170086229	2009-04-17	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	2038871
201004120101827	2010-04-12	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	1423512
201103180084329	2011-03-18	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	984278
201205090106174	2012-05-09	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	1290999
201304080071897	2013-04-08	BBVA COLOMBIA	PLAZA DE LAS AMERICAS	1800187
201403280070533	2014-03-28	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	1493428
201503270074198	2015-03-27	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	1635485
201603310075773	2016-03-31	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	2055782
201703310073870	2017-03-31	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	3294902
201803280073927	2018-03-28	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	3050533
201903290073411	2019-03-29	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	2642005
202003310071781	2020-03-31	BANCO COLPATRIA	BANCO COLPATRIA SUCURSAL ABIERTA	2843848
202103310070133	2021-03-31	BANCO COLPATRIA	BANCO COLPATRIA SUCURSAL ABIERTA	2264606

Departamento	BOGOTA D.C.	Vinculación	DISTRITAL
Municipal	BOGOTA D. C.	Fuentes de recurso	RECURSOS PROPIOS
Plantel	DOCENTES DISTRITALES		

CESANTIAS QUE AFECTAN LA LIQUIDACIÓN DE INTERESES

Vinculacion	Fuente recursos	Prestacion	Valor	Numero resolución	Fecha de pago
Sin datos	Sin datos	Sin datos	Sin datos	Sin datos	Sin datos

INTERESES PAGADOS

Año	DTF	Cesantias	Acumulado	Intereses	Fecha	Estado
Sin datos	Sin datos	Sin datos	Sin datos	Sin datos	Sin datos	Sin datos

PAGOS REALIZADOS

Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto
199703120028162	1997-03-12	BBVA COLOMBIA	PARQUE NACIONAL	269369
199804010005298	1998-04-01	BBVA COLOMBIA	PARQUE NACIONAL	332402
199903300040463	1999-03-30	BBVA COLOMBIA	MULTIFERIA VEINTE DE JULIO	703575

Ahora, en este punto es del caso traer a colación lo señalado por la Subsección B del Consejo de Estado³, frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, así:

“Según lo previsto en el artículo 115 de la Ley 155 de 1994, los docentes oficiales se benefician del reconocimiento del auxilio de cesantías de acuerdo con los parámetros establecidos por el artículo 15 (numeral 3) de la Ley 91 de 1989, norma en la que se distinguen, por un lado, los docentes que son beneficiarios del régimen de cesantías retroactivas y, por otro, a quienes se les aplica el régimen de cesantías anualizadas con pago de intereses y sin retroactividad.

Quiere decir lo anterior, que los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 gozan del régimen de cesantías anualizadas, prestación que desde la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996⁴, debe liquidarse de acuerdo con lo previsto por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es decir, anualmente y consignarse en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 13 de noviembre de 2020, expediente 08001-23-33-000-2013-00394-01 , número interno 5156-16, M.P. Cesar Palomino Cortés.

⁴ “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 Organos 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.
<Inciso 3o. INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de mora (...).”

Así mismo, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵ ha sostenido lo siguiente:

“En efecto, sobre ese particular, la Corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 sostuvo que el «hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política».

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando el «ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000». Y finalmente, concluyó:

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

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

[...]

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

Sumado a lo anterior, **el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que hipótesis como las que ahora se encuentran bajo estudio pueden desconocer el derecho a la igualdad.**

[...]

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

⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2022, expediente 08001-23-33-000-2017-00795-01, número interno 2659-2020, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Asimismo, en Sentencia SU-332 de 2019 esa corporación también concluyó que:

52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990⁶.

Nuevamente, en el año 2023, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷, frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, indicó:

“(…) Conforme a la normativa transcrita se tiene entonces que los docentes oficiales que se vincularon a partir del 1º. de enero de 1990 les es aplicable el régimen de cesantías anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990, que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social con pago de intereses, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de retardo”.

Del mismo modo, recientemente, el Consejo de Estado⁸, al resolver una solicitud de tutela contra providencia judicial, acogió el principio de favorabilidad y consideró que es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales; así lo indicó:

“(…) Sin embargo, se resalta que la referida línea jurisprudencial fue modificada por vía de solicitud de tutela, al considerarse que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la prestación mencionada, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, para evitar incurrir en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso. (...)”

En este orden de ideas, se evidencia que en materia de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías anualizadas en favor de los docentes, si bien no existe una sentencia de unificación proferida por el alto tribunal de lo contencioso administrativo, la corporación ha sentado una línea pacífica al respecto que permite acceder al amparo solicitado, en tanto se desconoció la actual postura decisional en virtud de la cual a los docentes sí les aplican las disposiciones del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual resulta «más favorable respecto de los derechos laborales», máxime cuando el ámbito de aplicación de la referida sanción moratoria se extiende a todos los empleados públicos.

Ello teniendo en cuenta que, pese a que el Tribunal accionado explicó las razones por las cuales acogió la tesis que en principio tenían la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la materia, esto es, negar el reconocimiento de la sanción moratoria en favor de los docentes en los términos de la Ley 50 de 1990 por pertenecer a un régimen especial, esta Sala de Decisión extraña una motivación suficiente que permita entender por qué se apartó de la tesis vigente, máxime, cuando les resulta beneficiosa frente a la protección integral que merecen sus derechos labores.”

⁶ Este mismo criterio se mantiene en la Subsección A del Consejo de Estado. Ver sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 08001-23-33-000-2015-80070-01 (1549-2021), M.P. Carmelo Perdomo Cueter.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de marzo de 2023, expediente 11001-03-15-000-2023-01063-00, MP Juan Enrique Bedoya Escobar.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

También, la Corte Constitucional ha considerado que los docentes tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 50 de 1990; así lo señaló en la Sentencia SU-041 de 2020:

“5.1.6. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional antes reseñada, es posible concluir que: (i) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías; (ii) el reconocimiento de esta prestación económica frente a los miembros del magisterio ha operado tanto en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, como por extensión del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a través de la Ley 344 de 1996, reglamentada por los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000; (iii) en todas las acciones de tutela reseñadas, los docentes habían interpuesto demandas -hoy medio de control- de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de actos administrativos que les negaban el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, razón por la cual las decisiones en sede constitucional ordenaron su revocatoria y la expedición de nuevos fallos, en términos perentorios, que sí reconocieran la indemnización(...)” (Subraya el despacho).

Así las cosas, este despacho acoge el anterior criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el sentido de que, conforme al principio de favorabilidad, le es aplicable a los docentes el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Ahora bien, no pasa por alto el despacho que mediante Sentencia SU-573 de 2019, la Corte Constitucional indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 no constituye un precedente al caso allí estudiado, por considerar que no se evidenciaba *prima facie* una amenaza de vulneración de los derechos fundamentales y por ausencia de identidad fáctica que pudiera aplicarse al caso concreto. Sin embargo, al declarar la improcedencia de la acción de tutela, no definió de manera concreta los criterios a tener en cuenta para que se configure el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los docentes afiliados al Fomag y estimó que la interpretación y unificación de la jurisprudencia le corresponde al máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Es decir, dejó en manos de esta jurisdicción la decisión de la aplicación del Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual hasta la fecha no se ha dado. En tal sentido, no se puede concluir que la Sentencia SU-573 de 2019 constituya un precedente aplicable al *sub examine*.

Antes de entrar a analizar como incurrió la mora en el caso en concreto, es pertinente traer a colación las reglas dispuestas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en relación con el reconocimiento de cesantías y sanción moratoria prevista en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016⁹, en la que estableció lo siguiente:

“1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.

2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.

4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.

5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.”

⁹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero – Providencia del 25 de agosto de 2016 - Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16 - Actor: Yesenia Esther Hereira Castillo - Demandado: Municipio De Soledad.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La citada decisión fue objeto de aclaración en providencia del 06 de agosto del 2020¹⁰, en relación con el momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción para reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías anualizadas, en el siguiente sentido:

- i)

El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.
- ii)

En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción.”

Ahora bien, revisado el expediente se advierte que no existe prueba del reconocimiento de las cesantías, ya que únicamente fue allegada la certificación de pago de los intereses de las cesantías a la demandante, respecto de los cuales vale la pena aclarar que dichos intereses son pagados directamente al trabajador.

En consecuencia, no es posible establecer si la entidad demandada ha cancelado o no las cesantías a la demandante, por lo que se establecerá como fecha límite de la sanción moratoria por el no pago de cesantías hasta la fecha en que se haga efectiva la consignación de las mismas en el Fomag.

De acuerdo con lo expuesto, en el caso concreto se causó una sanción moratoria a favor de la demandante desde el 15 de febrero de 2021, cuando la entidad empleadora incurrió en retardo por las cesantías del 2020¹¹, así:

Anualidad Cesantías	Fecha que la Ley 50/90 dispone para la consignación	Exigibilidad de la sanción	Fecha límite de la sanción por pago
2020	14/02/2021	15/02/2021	Hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag ¹² , condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma

Por otro lado, la demandante presentó la reclamación de la sanción moratoria en sede administrativa el 18 de agosto de 2021 (archivo 2, págs. 54 a 58 expediente digital), de modo que no se configuró la prescripción extintiva, según se expone a continuación:

Cesantías anualizadas	Exigibilidad de la sanción	Prescripción	Fecha de la reclamación
2020	15/02/2021	15/02/2024	18/08/2021

En consecuencia, como la demandante reclamó ante la administración el 18 de agosto de 2021, no se configuró la prescripción de la sanción moratoria por las cesantías de la anualidad de 2020, de modo que se condenará al Distrito Capital-Secretaría de Educación a la penalidad

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Sentencia de Unificación por Importancia Jurídica - Sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 – Providencia del 06 de agosto de 2020 – Expediente No. 08001-23-33-000-2013-00666-01 – No. Interno 0833-2016 – Demandante: María Lucely Taborda Cervantes – Demandado: Municipio de Sabanagrande (Atlántico)

¹¹ En la demanda únicamente se solicitó la mora por la no consignación de las cesantías del año 2020.

¹² Ello, siguiendo la forma en que el Consejo de Estado determinó el periodo de mora -sentencia del 19 de enero de 2023, Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez-.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la actora en el momento en que se produjo la mora.

Por otro lado, si bien en providencias anteriores se ordenó el ajuste del valor total generado por concepto de sanción moratoria según lo dispuesto en el Artículo 187 del CPACA, este despacho ajusta su posición y acoge el criterio adoptado por el Consejo de Estado¹³, en el sentido de determinar que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación, dada la naturaleza de dicha indemnización.

Respecto de los intereses a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que el mismo equivale a un interés anual sobre saldo de las cesantías a 31 de diciembre de cada año equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Por su parte, el Acuerdo 39 de 1998, *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG”*, dispone en su Artículo 4, lo siguiente:

“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.” (Subrayado fuera de texto).

En el proceso obra prueba que el pago de los intereses de la demandante se efectuó el 27 de marzo de 2021 (pág. 65 “intereses pagados” archivo 2 expediente digital), es decir, en los términos de la Ley 91 de 1989 y del Acuerdo 39 de 1998.

Adicional a lo anterior, se advierte que la Ley 52 de 1975¹⁴ es una norma que está dirigida al sector privado¹⁵ y que la liquidación de los intereses dispuesta en ella¹⁶ es diferente a la manera que prescribe la Ley 91 de 1989¹⁷, es decir que no se podría usar la forma de establecer los intereses de esta e imponer la sanción que prevé aquella sin crear una tercera norma no emitida por el legislador.

Así las cosas, no es procedente acceder a la sanción que contempla la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses que reclama la parte actora.

Finalmente, se advierte que no es procedente condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que *“El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”*, lo cual quiere decir que dicha sanción es impuesta al empleador que incumpla los términos señalados en la norma por la no consignación de las cesantías anuales, y no respecto del fondo de cesantías u otra entidad que intervenga en el trámite administrativo, por lo que se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del

¹³ Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda CE- SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018.

¹⁴ Por la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares

¹⁵ Consejo de Estado, Providencia del 24 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-23-31-000-2002-00669-01(1827-04), CP ALBERTO ARANGO MANTILLA. – Consejo de Estado, providencia del 19 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-2331-000-2002-00713-01(1945-04), CP ANA MARGARITA OLAYA FORERO.

¹⁶ El artículo 1 de la Ley 75 de 1975 dispone respecto de los intereses que serán del 12% anual.

¹⁷ El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en relación con los intereses prescribe que será “...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.”

Expediente: 11001-3342-051-2022-00156-00
Demandante: LUZ STELLA MONGUÍ IZQUIERDO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Magisterio, ya que, conforme a lo dispuesto en la Ley, es el Distrito Capital- Secretaría de Educación como empleador, al encontrarse probado que la actora es una docente con vinculación territorial, el llamado a responder por la sanción mora.

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la ocurrencia del acto ficto presunto negativo derivado de la no respuesta a la petición elevada el 18 de agosto de 2021.

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD** del acto ficto o presunto negativo originado por el silencio del Distrito Capital-Secretaría de Educación, frente a la petición radicada el 18 de agosto de 2021, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al **DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, a pagar la señora **LUZ STELLA MONGUÍ IZQUIERDO**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 41.701.109, a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la demandante en el momento en que se produjo la mora, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- El **DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

QUINTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo expuesto.

SÉPTIMO.- No se condena en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

OCTAVO.- Ejecutoriada esta providencia, **por secretaría**, y a costa de la parte actora, **EXPEDIR** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente.

DÉCIMO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

Expediente: 11001-3342-051-2022-00156-00
Demandante: LUZ STELLA MONGUÍ IZQUIERDO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SB

notificacionescundinamarcalqab@gmail.com
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co
notjudicial@fiduprevisora.com.co
lasanabria@fiduprevisora.com.co
notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co
pchaustreabogados@gmail.com
amunozabogadoschaustre@gmail.com

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **ff73343d9dc777464c2d1b14208a8067155e4c44795770994072ff272283e3c9**
Documento generado en 27/09/2023 08:35:05 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA No. 216	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00187-00
Demandante:	OLGA PATRICIA CHAVARRÍA ALVÁREZ
Demandado:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
Decisión:	Sentencia anticipada que accede parcialmente las pretensiones de la demanda
Tema:	Indemnización moratoria por el no pago oportuno de cesantías-Ley 50 de 1990

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar **SENTENCIA ANTICIPADA** de **PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **OLGA PATRICIA CHAVARRÍA ALVÁREZ**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 52.079.649, contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 5 a 52 archivo 2 expediente digital)

La demandante solicitó la nulidad del acto administrativo ficto frente a la petición presentada ante la Secretaría de Educación de Bogotá el 08 de noviembre de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 50 de 1990 y la indemnización por el pago tardío de los intereses de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se condene a la demandada a: i) reconocer y pagar la sanción por mora establecida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020; ii) reconocer y pagar 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 1176 de 1991; iii) reconocer y pagar 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, tomando como base la variación del IPC, de conformidad con el Artículo 187 del CPACA; iv) reconocer y pagar los intereses moratorios conforme al Artículo 193 del CPACA; v) dar cumplimiento al fallo dentro del término establecido en el Artículo 192 del CPACA; y vi) condenar en costas.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, la apoderada señaló lo siguiente:

Manifestó que la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero de 2021. Agregó que dichos términos no fueron cumplidos por la entidad demandada.

El 08 de noviembre de 2021, la demandante 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 se resolvió de forma negativa.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, los actos administrativos acusados trasgreden las siguientes normas:

- Constitución Política Artículos 13 y 53.
- Ley 91 de 1989, Artículo 5 y 15.
- Ley 50 de 1990, Artículo 99.
- Ley 1955 de 2019, Artículo 57.
- Ley 52 de 1975, Artículo 1.
- Ley 344 de 1996, Artículo 13.
- Ley 432 de 1998, Artículo 5.
- Decreto Nacional 1176 de 1991, Artículo 3.
- Decreto Nacional 1582 de 1998, Artículos 1 y 2.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como concepto de violación, la apoderada sostuvo que, conforme a lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020 -CE-SUJ-SII-022-2020-, *“el nacimiento de la sanción por mora no está condicionado al reconocimiento de la cesantía, ocurriendo de pleno derecho por el incumplimiento del pago de parte del empleador dentro de los términos de ley”*.

Sostuvo que la finalidad de la Ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Corte Constitucional C-486 de 2016, SU-098 de 2018, SU-332 de 2019 y SU-041 de 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactiva a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar el 15 de febrero de cada anualidad.

Igualmente, hizo alusión a la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019, respecto de la cual resaltó que: *“los despachos judiciales accionados desconocieron que aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, y el Decreto 1252 de 2000, no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción, pues esta es la interpretación que más se ajusta a la Constitución”*.

Concluyó que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional se han pronunciado de manera unificada sobre la aplicabilidad del contenido del Artículo 99 de la ley 50 de 1990 a los docentes oficiales, habiendo encontrado que no existe ninguna razón para que, una vez vencido el 15 de febrero de cada anualidad, las cesantías de los maestros de régimen anualizado no sean consignadas al Fomag, pues el régimen de cesantías de los docentes y los demás servidores públicos del país es exacto; de hecho, el cambio de régimen retroactivo a régimen anualizado fue efectuado desde el 29 de diciembre de 1989 a los maestros, cuando el resto de servidores públicos del país fue realizado un año con posterioridad.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio No. 337 del 23 de junio de 2022 (archivo 5 expediente digital), se procedió a efectuar la notificación en debida forma conforme lo dispuesto en la referida providencia a la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio -quien contestó la demanda dentro de la oportunidad legal- y al Distrito Capital- Secretaría de Educación -quien no contestó la demanda -(archivo 7 expediente digital).

2.5.1. Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 8 expediente digital).

La apoderada de este ente ministerial se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Expuso que a los docentes no les es aplicable la Ley 50 de 1990, en el entendido de que estos no ostentan la calidad de trabajadores privados, ya que son un régimen exceptuado.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Señaló que los docentes son considerados por la Ley y por el Consejo de Estado como empleados públicos del orden nacional, razón por la que se desvirtúa la calidad de servidores públicos del orden territorial previsto en el Decreto 1582 de 1998, que reglamentó la Ley 344 de 1996.

Resaltó que la Ley 50 de 1990 prevé su aplicación a los servidores públicos del nivel territorial afiliados a un fondo privado de cesantías y los docentes son empleados públicos del orden nacional afiliados por disposición legal única y exclusivamente a la cuenta especial de la Nación; mientras que los trabajadores particulares tienen derecho a escoger libremente el fondo de cesantías que mayor rentabilidad pueda generar a la administración de las mismas.

Sostuvo que en el régimen especial docente no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la misma vigencia presupuestal se descuenta del presupuesto de las entidades territoriales una doceava parte del situado fiscal para reservar el valor del pasivo prestacional de los docentes, lo que descarta la sanción mora por consignación extemporánea.

Agregó que en el Fomag no existe una cuenta individual por cada docente por ser un fondo común con unidad de caja, por lo que el docente debe probar que son sus cesantías individuales las que no se consignaron en tiempo.

Sobre los intereses a las cesantías, indicó que el Fomag programa su pago de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador.

Respecto 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, señaló que i) esa norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al Fomag; ii) las cesantías de los docentes afiliados al Fomag son prepagadas al fondo mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la Nación a las entidades territoriales; iii) los empleadores de los docentes afiliados al Fomag son las entidades territoriales y, en ese sentido, el Fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al Fondo quien no ostenta la calidad de empleador; iv) las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la consignación de cesantías, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de liquidación del valor de las cesantías, debido a que los recursos ya se encuentran en el Fondo; y v) aplicar a los docentes afiliados al Fomag la Ley 52 de 1975 desmejoraría sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías” debido a que las condiciones dadas por el régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general.

Indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 proferida por la Corte Constitucional no aplica a la parte actora, pues en ese caso la docente no había sido afiliada al Fomag, lo que lo hace distinto a la presente demanda.

Concluyó que a los docentes no les es aplicable la norma general, ya que estos no escogen un fondo, sino que, por voluntad del legislador, automáticamente son afiliados al Fomag, por lo cual, dado que los recursos del Fomag provienen de la Nación, no es posible dar aplicación a la norma impetrada por la parte actora. Además, sostuvo que no están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda en virtud del principio de especialidad e inescindibilidad de la norma.

2.6. PRUEBAS, FIJACIÓN DEL LITIGIO Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio del Auto Interlocutorio No. 443 del 31 de agosto de 2023 (archivo 31 expediente digital), el despacho tuvo como pruebas las aportadas al proceso, fijó el litigio y, en firme dichas decisiones, dispuso correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para presentar escrito de alegaciones finales.

Parte demandante (archivo 33 expediente digital): reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Así mismo, aportó providencias judiciales que resuelven sobre la sanción moratoria que aquí se debate.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Cuestión previa

Procede el despacho a pronunciarse sobre la excepción de caducidad formulada por la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

decisión se difirió para el momento del fallo, tal como se indicó en el auto del 17 de noviembre de 2022 (archivo 11 expediente digital).

Como fundamento de la excepción, la entidad demandada consideró que, al darse respuesta, la parte actora contaba con 4 meses para demandar y, teniendo en cuenta que la fecha en que se presentó la demanda, se excedió ese término con suficiencia.

Sobre el particular, el despacho considera que no está llamado a prosperar el medio exceptivo propuesto, toda vez que, conforme se indicó en el auto del 17 de noviembre de 2022 -al resolver la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de requisitos formales planteada por la entidad territorial accionada-, se considera que la respuesta brindada por la entidad no es de fondo y no se advierte un pronunciamiento expreso de la administración en el que resuelva lo solicitado en la reclamación administrativa, por lo que los términos de caducidad en el presente caso no son de 4 meses.

En tal sentido, se debe tener presente que uno de los casos en donde no opera el fenómeno de la caducidad se presenta cuando se demandan actos producto del silencio administrativo (literal d), numeral 1 del Artículo 164 de la Ley 1437 de 2011), caso en el cual la demanda puede ser presentada en cualquier tiempo.

En lo que respecta a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, formulada por las entidades demandadas, la misma se resolverá con el fondo del asunto.

3.2. Problema jurídico

El problema jurídico se circunscribe a determinar si la demandante, OLGA PATRICIA CHAVARRÍA ALVÁREZ, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en Ley 50 de 1990 y la indemnización por el no pago de los intereses de las cesantías prevista en la Ley 52 de 1975, por el presunto retardo en la consignación de las cesantías anualizadas y los intereses de las mismas, comprendidas entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 2020 así como los ajustes legales a los valores adeudados e intereses correspondientes.

3.3. Del marco normativo

3.3.1. Del régimen de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero únicamente respecto del tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942. El Decreto 2767 de 1945 hizo extensivas las cesantías a los empleados y obreros al servicio de los departamentos y municipios.

A su vez, el Artículo 1º de la Ley 65 de 1946 dispuso que «Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.» En el parágrafo de esta norma, se extendió este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios.

Al amparo de dichas disposiciones, el auxilio de cesantía de los servidores públicos a nivel territorial debía liquidarse con retroactividad, pagando un mes de salario por cada año de servicio, computando todo el tiempo laborado y teniendo en cuenta el último salario devengado, a menos que haya tenido modificaciones en los últimos tres meses.

De otra parte, la liquidación del auxilio de cesantías fue reglamentada a través del Artículo 6º del Decreto 1160 de 1947 que indicó que: *“para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”*

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Hasta este momento, el ordenamiento jurídico no consagraba de manera específica para los docentes un régimen de liquidación de cesantías, razón por la cual dicho personal estaba sujeto a las normas prestacionales de los empleados públicos.

Con la expedición de la Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se determinó que dicha entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes.

En el Parágrafo del Artículo 2º de la Ley 91 se advirtió cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la misma:

“Parágrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.”

En similar sentido, respecto del régimen prestacional de los docentes nacionalizados, nacionales y aquellos que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, el Artículo 15 dispuso:

“Artículo 15º.- 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:

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 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, 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.”

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3 de este mismo Artículo consagró:

“3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, 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.”

De lo anterior se deduce que a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, y los docentes territoriales vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

En punto al tema, en reiteradas decisiones, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que los docentes oficiales vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, sin importar si fueron vinculados a través de un ente territorial, o si fueron financiados o cofinanciados, se deben acoger al régimen prestacional establecido en la Ley 91 de 1989.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su Artículo 81 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 la presente ley”*.

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido Fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003 estableció:

“Artículo 1°.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4° y 5° del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1°.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (Negrilla fuera de texto).

Parágrafo 2°.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5°. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.”

Ahora bien, en sentencia del 18 de enero de 2018¹, el Consejo de Estado consideró que quienes se vincularon como docentes con posterioridad al 1° de enero de 1990 cuentan con un régimen prestacional especial señalado en la Ley 91 de 1989 por lo que las cesantías a que tengan derecho se liquidan de forma anualmente sin retroactividad.

3.3.2. Del régimen anualizado de cesantías dispuesto en la Ley 50 de 1990.

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», dio un paso adicional encaminado a ampliar la cobertura del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para la generalidad de los servidores públicos, al consagrar, en su Artículo 13, lo siguiente:

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Sentencia del 18 de enero de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 19001-33-31-000-2011-00305-01 (1733-2016). Demandante: Juvencio Chilito Chilito. Demandado: Departamento del Cauca.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

“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”.

La norma vigente a la fecha de expedición de la previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo Artículo 99 consagró:

“Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

- 1. 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.
- 2. 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.
- 3. 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.
- 4. 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”.

De igual manera, es necesario indicar que el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los Artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus Artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, la Ley 432 de 1998, en sus Artículos 5 y siguientes. Así lo determinó:

“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”.

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores².

Asimismo, es necesario indicar que el Decreto 1252 de 2000, «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública», estableció lo siguiente:

“Artículo 1º.- Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías. Parágrafo. Los fondos o entidades públicas, incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo”.

Del caso concreto

En el caso concreto, están probados los siguientes hechos:

² Es decir, el sistema de liquidación retroactiva, consagrado en Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00187-00
Demandante: OLGA PATRICIA CHAVARRÍA ALVÁREZ
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- La demandante es docente y según se desprende de las pruebas obrantes en el proceso su vinculación es de carácter territorial (archivos 25 a 27 expediente digital).
- Obra extracto de los intereses de las cesantías consignados a la parte actora, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 2, págs. 64 y 65 expediente digital):

CESANTIAS QUE AFECTAN LA LIQUIDACIÓN DE INTERESES						
Vinculacion	Fuente recursos		Prestacion	Valor	Numero resolución	Fecha de pago
Sin datos	Sin datos		Sin datos	Sin datos	Sin datos	Sin datos

INTERESES PAGADOS						
Año	DTF	Cesantías	Acumulado	Intereses	Fecha	Estado
2010	3.88%	391,870	391,870	15,205	14/12/2012	REPROGRAMACION
2011	4.61%	1,207,439	391,870	18,065	22/02/2012	PRESENTE PAGO
2011	4.61%	0	1,207,439	55,663	16/01/2014	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2012	5.85%	1,279,233	1,671,103	97,760	27/03/2013	PRESENTE PAGO
2012	5.85%	0	1,207,439	70,635	16/01/2014	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2013	4.44%	1,540,826	4,419,368	196,220	22/03/2014	PRESENTE PAGO
2014	4.46%	1,640,159	6,059,527	270,255	18/03/2015	PRESENTE PAGO
2015	5.13%	1,830,422	7,889,949	404,754	12/03/2016	PRESENTE PAGO
2016	7.52%	2,239,960	10,129,909	761,769	17/03/2017	PRESENTE PAGO
2017	6.37%	3,509,996	13,639,905	868,862	16/03/2018	PRESENTE PAGO
2018	5.05%	3,858,061	17,497,966	883,647	19/03/2019	PRESENTE PAGO
2019	4.98%	4,967,838	22,465,804	1,118,797	24/03/2020	PRESENTE PAGO
2020	3.64%	5,599,720	28,065,524	1,021,585	27/03/2021	PRESENTE PAGO

PAGOS REALIZADOS				
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto
201103180091417	2011-03-18	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	15205
201109090017180	2011-09-09	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	15205
201205090113163	2012-05-09	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	18065
201212200006919	2012-12-20	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	15205
201304080091930	2013-04-08	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	97760
201403280089969	2014-03-28	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	322518
201503270095562	2015-03-27	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	270255
201603310097924	2016-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	404754
201703310095419	2017-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	761769
201803280095697	2018-03-28	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	868862
201903290095053	2019-03-29	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	883647
202003310093127	2020-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	1118797

ALVAREZ

PAGOS REALIZADOS				
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto
202103310091090	2021-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	1021585

Ahora, en este punto es del caso traer a colación lo señalado por la Subsección B del Consejo de Estado³, frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, así:

“Según lo previsto en el artículo 115 de la Ley 155 de 1994, los docentes oficiales se benefician del reconocimiento del auxilio de cesantías de acuerdo con los parámetros establecidos por el artículo 15 (numeral 3) de la Ley 91 de 1989, norma en la que se distinguen, por un lado, los docentes que son beneficiarios del régimen de cesantías retroactivas y, por otro, a quienes se les aplica el régimen de cesantías anualizadas con pago de intereses y sin retroactividad.

Quiere decir lo anterior, que los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1990 gozan del régimen de cesantías anualizadas, prestación que desde la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996⁴, debe liquidarse de acuerdo con lo previsto por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es decir, anualmente y consignarse en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 13 de noviembre de 2020, expediente 08001-23-33-000-2013-00394-01, número interno 5156-16, M.P. Cesar Palomino Cortés.

⁴ “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 Organos 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.

<Inciso 30. INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

de mora (...)."

Así mismo, la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵ ha sostenido lo siguiente:

"En efecto, sobre ese particular, la Corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 sostuvo que el «hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política».

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando el «ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000». Y finalmente, concluyó:

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

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

[...]

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

Sumado a lo anterior, **el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que hipótesis como las que ahora se encuentran bajo estudio pueden desconocer el derecho a la igualdad.**

[...]

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

Asimismo, en Sentencia SU-332 de 2019 esa corporación también concluyó que:

52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto

⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2022, expediente 08001-23-33-000-2017-00795-01, número interno 2659-2020, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990⁶.

Nuevamente, en el año 2023, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷, frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, indicó:

“(…) Conforme a la normativa transcrita se tiene entonces que los docentes oficiales que se vincularon a partir del 1º. de enero de 1990 les es aplicable el régimen de cesantías anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990, que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social con pago de intereses, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de retardo”.

Del mismo modo, recientemente, el Consejo de Estado⁸, al resolver una solicitud de tutela contra providencia judicial, acogió el principio de favorabilidad y consideró que es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales; así lo indicó:

“(…) Sin embargo, se resalta que la referida línea jurisprudencial fue modificada por vía de solicitud de tutela, al considerarse que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la prestación mencionada, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, para evitar incurrir en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso. (...)”

En este orden de ideas, se evidencia que en materia de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías anualizadas en favor de los docentes, si bien no existe una sentencia de unificación proferida por el alto tribunal de lo contencioso administrativo, la corporación ha sentado una línea pacífica al respecto que permite acceder al amparo solicitado, en tanto se desconoció la actual postura decisional en virtud de la cual a los docentes sí les aplican las disposiciones del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual resulta «más favorable respecto de los derechos laborales», máxime cuando el ámbito de aplicación de la referida sanción moratoria se extiende a todos los empleados públicos.

Ello teniendo en cuenta que, pese a que el Tribunal accionado explicó las razones por las cuales acogió la tesis que en principio tenían la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la materia, esto es, negar el reconocimiento de la sanción moratoria en favor de los docentes en los términos de la Ley 50 de 1990 por pertenecer a un régimen especial, esta Sala de Decisión extraña una motivación suficiente que permita entender por qué se apartó de la tesis vigente, máxime, cuando les resulta beneficiosa frente a la protección integral que merecen sus derechos labores.”

También, la Corte Constitucional ha considerado que los docentes tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 50 de 1990; así lo señaló en la Sentencia SU-041 de 2020:

“5.1.6. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional antes reseñada, es posible concluir que: (i) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías; (ii) el reconocimiento de esta prestación económica frente a los miembros del magisterio ha operado tanto en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, como por extensión del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a través de la Ley 344 de 1996, reglamentada por los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000; (iii) en todas las acciones de tutela reseñadas, los docentes habían interpuesto demandas -hoy medio de control- de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de actos administrativos que les negaban el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, razón por la cual las decisiones en sede

⁶ Este mismo criterio se mantiene en la Subsección A del Consejo de Estado. Ver sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 08001-23-33-000-2015-80070-01 (1549-2021), M.P. Carmelo Perdomo Cueter.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de marzo de 2023, expediente 11001-03-15-000-2023-01063-00, MP Juan Enrique Bedoya Escobar.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

constitucional ordenaron su revocatoria y la expedición de nuevos fallos, en términos perentorios, que sí reconocieran la indemnización(...)" (Subraya el despacho).

Así las cosas, este despacho acoge el anterior criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el sentido de que, conforme al principio de favorabilidad, le es aplicable a los docentes el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Ahora bien, no pasa por alto el despacho que mediante Sentencia SU-573 de 2019, la Corte Constitucional indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 no constituye un precedente al caso allí estudiado, por considerar que no se evidenciaba *prima facie* una amenaza de vulneración de los derechos fundamentales y por ausencia de identidad fáctica que pudiera aplicarse al caso concreto. Sin embargo, al declarar la improcedencia de la acción de tutela, no definió de manera concreta los criterios a tener en cuenta para que se configure el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los docentes afiliados al Fomag y estimó que la interpretación y unificación de la jurisprudencia le corresponde al máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Es decir, dejó en manos de esta jurisdicción la decisión de la aplicación del Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual hasta la fecha no se ha dado. En tal sentido, no se puede concluir que la Sentencia SU-573 de 2019 constituya un precedente aplicable al *sub examine*.

Antes de entrar a analizar como incurrió la mora en el caso en concreto, es pertinente traer a colación las reglas dispuestas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en relación con el reconocimiento de cesantías y sanción moratoria prevista en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016⁹, en la que estableció lo siguiente:

“1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.

2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.

4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.

5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.”

La citada decisión fue objeto de aclaración en providencia del 06 de agosto del 2020¹⁰, en relación con el momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción para reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías anualizadas, en el siguiente sentido:

“i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.

ii) En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción.”

⁹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero – Providencia del 25 de agosto de 2016 - Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16 - Actor: Yesenia Esther Hereira Castillo - Demandado: Municipio De Soledad.

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Sentencia de Unificación por Importancia Jurídica - Sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 – Providencia del 06 de agosto de 2020 – Expediente No. 08001-23-33-000-2013-00666-01 – No. Interno 0833-2016 – Demandante: María Lucely Taborda Cervantes – Demandado: Municipio de Sabana Grande (Atlántico)

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Ahora bien, revisado el expediente se advierte que no existe prueba del reconocimiento de las cesantías, ya que únicamente fue allegada la certificación de pago de los intereses de las cesantías a la demandante, respecto de los cuales vale la pena aclarar que dichos intereses son pagados directamente al trabajador.

En consecuencia, no es posible establecer si la entidad demandada ha cancelado o no las cesantías a la demandante, por lo que se establecerá como fecha límite de la sanción moratoria por el no pago de cesantías hasta la fecha en que se haga efectiva la consignación de las mismas en el Fomag.

De acuerdo con lo expuesto, en el caso concreto se causó una sanción moratoria a favor de la demandante desde el 15 de febrero de 2021, cuando la entidad empleadora incurrió en retardo por las cesantías del 2020¹¹, así:

Anualidad Cesantías	Fecha que la Ley 50/90 dispone para la consignación	Exigibilidad de la sanción	Fecha límite de la sanción por pago
2020	14/02/2021	15/02/2021	Hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag ¹² , condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma

Por otro lado, la demandante presentó la reclamación de la sanción moratoria en sede administrativa el 08 de noviembre de 2021 (archivo 2, págs. 53 a 57 expediente digital), de modo que no se configuró la prescripción extintiva, según se expone a continuación:

Cesantías anualizadas	Exigibilidad de la sanción	Prescripción	Fecha de la reclamación
2020	15/02/2021	15/02/2024	08/11/2021

En consecuencia, como la demandante reclamó ante la administración el 08 de noviembre de 2021, no se configuró la prescripción de la sanción moratoria por las cesantías de la anualidad de 2020, de modo que se condenará al Distrito Capital-Secretaría de Educación a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la actora en el momento en que se produjo la mora.

Por otro lado, si bien en providencias anteriores se ordenó el ajuste del valor total generado por concepto de sanción moratoria según lo dispuesto en el Artículo 187 del CPACA, este despacho ajusta su posición y acoge el criterio adoptado por el Consejo de Estado¹³, en el sentido de determinar que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación, dada la naturaleza de dicha indemnización.

Respecto de los intereses a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que el mismo equivale a un interés anual sobre saldo de las cesantías a 31 de diciembre de cada año equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Por su parte, el Acuerdo 39 de 1998, “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG*”, dispone en su Artículo 4, lo siguiente:

¹¹ En la demanda únicamente se solicitó la mora por la no consignación de las cesantías del año 2020.

¹² Ello, siguiendo la forma en que el Consejo de Estado determinó el periodo de mora -sentencia del 19 de enero de 2023, Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez-.

¹³ Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda CE- SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

“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.” (Subrayado fuera de texto).

En el proceso obra prueba que el pago de los intereses de la demandante se efectuó el 27 de marzo de 2021 (pág. 64 “intereses pagados” archivo 2 expediente digital), es decir, en los términos de la Ley 91 de 1989 y del Acuerdo 39 de 1998.

Adicional a lo anterior, se advierte que la Ley 52 de 1975¹⁴ es una norma que está dirigida al sector privado¹⁵ y que la liquidación de los intereses dispuesta en ella¹⁶ es diferente a la manera que prescribe la Ley 91 de 1989¹⁷, es decir que no se podría usar la forma de establecer los intereses de esta e imponer la sanción que prevé aquella sin crear una tercera norma no emitida por el legislador.

Así las cosas, no es procedente acceder a la sanción que contempla la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses que reclama la parte actora.

Finalmente, se advierte que no es procedente condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que *“El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”*, lo cual quiere decir que dicha sanción es impuesta al empleador que incumpla los términos señalados en la norma por la no consignación de las cesantías anuales, y no respecto del fondo de cesantías u otra entidad que intervenga en el trámite administrativo, por lo que se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que, conforme a lo dispuesto en la Ley, es el Distrito Capital- Secretaría de Educación como empleador, al encontrarse probado que la actora es una docente con vinculación territorial, el llamado a responder por la sanción mora.

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la ocurrencia del acto ficto presunto negativo derivado de la no respuesta a la petición elevada el 08 de noviembre de 2021.

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD** del acto ficto o presunto negativo originado por el silencio del Distrito Capital-Secretaría de Educación, frente a la petición radicada el 08 de noviembre de 2021, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al **DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, a pagar la señora **OLGA PATRICIA CHAVARRÍA ÁLVAREZ**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 52.079.649, a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por

¹⁴ Por la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares

¹⁵ Consejo de Estado, Providencia del 24 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-23-31-000-2002-00669-01(1827-04), CP ALBERTO ARANGO MANTILLA. – Consejo de Estado, providencia del 19 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-2331-000-2002-00713-01(1945-04), CP ANA MARGARITA OLAYA FORERO.

¹⁶ El artículo 1 de la Ley 75 de 1975 dispone respecto de los intereses que serán del 12% anual.

¹⁷ El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en relación con los intereses prescribe que será “...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.”

Expediente: 11001-3342-051-2022-00187-00
Demandante: OLGA PATRICIA CHAVARRÍA ALVÁREZ
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la demandante en el momento en que se produjo la mora, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- El **DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

QUINTO.- **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SÉPTIMO.- DECLARAR no probada la excepción de caducidad propuesta por la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

OCTAVO.- No se condena en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, **por secretaría**, y a costa de la parte actora, **EXPÍDASE** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

DÉCIMO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

DÉCIMO PRIMERO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

SB

notificacionescundinamarcalqab@gmail.com
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co
notjudicial@fiduprevisora.com.co
lasanabria@fiduprevisora.com.co
notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **81907fa58d81d74dea1ab113a5af244fc75355a2cb1e55bfc86d054918d54c17**

Documento generado en 27/09/2023 08:35:07 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA No. 217	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00189-00
Demandante:	MARÍA DEL CARMEN HENAO LLANO
Demandado:	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
Decisión:	Sentencia anticipada que accede parcialmente las pretensiones de la demanda
Tema:	Indemnización moratoria por el no pago oportuno de cesantías-Ley 50 de 1990

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar **SENTENCIA ANTICIPADA** de **PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **MARÍA DEL CARMEN HENAO LLANO**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 41.891.343, contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 5 a 7 archivo 2 expediente digital)

La demandante solicitó la nulidad del acto administrativo ficto frente a la petición presentada ante la Secretaría de Educación de Bogotá el 17 de septiembre de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 50 de 1990 y la indemnización por el pago tardío de los intereses de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se condene a la demandada a: i) reconocer y pagar la sanción por mora establecida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020; ii) reconocer y pagar 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 1176 de 1991; iii) reconocer y pagar 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, tomando como base la variación del IPC, de conformidad con el Artículo 187 del CPACA; iv) reconocer y pagar los intereses moratorios conforme al artículo 193 del CPACA; v) dar cumplimiento al fallo dentro del término establecido en el Artículo 192 del CPACA; y vi) condenar en costas.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, la apoderada señaló lo siguiente:

Manifestó que la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero de 2021. Agregó que dichos términos no fueron cumplidos por la entidad demandada.

El 17 de septiembre de 2021, la demandante 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 se resolvió de forma negativa.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, los actos administrativos acusados trasgreden las siguientes normas:

- Constitución Política Artículos 13 y 53.
- Ley 91 de 1989, Artículo 5 y 15.
- Ley 50 de 1990, Artículo 99.
- Ley 1955 de 2019, Artículo 57.
- Ley 52 de 1975, Artículo 1.
- Ley 344 de 1996, Artículo 13.
- Ley 432 de 1998, Artículo 5.
- Decreto Nacional 1176 de 1991, Artículo 3.
- Decreto Nacional 1582 de 1998, Artículos 1 y 2.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como concepto de violación, la apoderada sostuvo que, conforme a lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020 -CE-SUJ-SII-022-2020-, *“el nacimiento de la sanción por mora no está condicionado al reconocimiento de la cesantía, ocurriendo de pleno derecho por el incumplimiento del pago de parte del empleador dentro de los términos de ley”*.

Sostuvo que la finalidad de la Ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Corte Constitucional C-486 de 2016, SU-098 de 2018, SU-332 de 2019 y SU-041 de 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactiva a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar el 15 de febrero de cada anualidad.

Igualmente, hizo alusión a la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019, respecto de la cual resaltó que: *“los despachos judiciales accionados desconocieron que aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, y el Decreto 1252 de 2000, no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción, pues esta es la interpretación que más se ajusta a la Constitución”*.

Concluyó que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional se han pronunciado de manera unificada sobre la aplicabilidad del contenido del Artículo 99 de la ley 50 de 1990 a los docentes oficiales, habiendo encontrado que no existe ninguna razón para que, una vez vencido el 15 de febrero de cada anualidad, las cesantías de los maestros de régimen anualizado no sean consignadas al Fomag, pues el régimen de cesantías de los docentes y los demás servidores públicos del país es exacto; de hecho, el cambio de régimen retroactivo a régimen anualizado fue efectuado desde el 29 de diciembre de 1989 a los maestros, cuando el resto de servidores públicos del país fue realizado un año con posterioridad.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio No. 340 del 30 de junio de 2022 (archivo 5 expediente digital), se procedió a efectuar la notificación en debida forma conforme lo dispuesto en la referida providencia a la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Distrito Capital- Secretaría de Educación (archivo 7 expediente digital), quienes contestaron la demanda dentro de la oportunidad legal.

2.5.1. Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 8 expediente digital).

La apoderada de este ente ministerial se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Expuso que el régimen de cesantías del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio es el descrito en la Ley 91 de 1989, cuyos intereses son más altos que los que se pagan al régimen general.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Sostuvo que en el Fomag no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la misma vigencia presupuestal se descuenta del presupuesto de las entidades territoriales una doceava parte del situado fiscal para reservar el valor del pasivo prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías, por lo que se trata de un “prepago de las cesantías” mas no de una consignación en la vigencia siguiente, lo que descarta la sanción mora.

Por lo anterior, señaló que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de liquidación, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el Fomag antes del 1º de febrero de cada vigencia siguiente.

Sobre los intereses a las cesantías, indicó que el Fomag programa su pago de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador.

Respecto 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, señaló que: i) esa norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al Fomag; ii) aplicar a los docentes afiliados al Fomag la Ley 52 de 1975, desmejoraría sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías” debido a que las condiciones dadas por el régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general; iii) lo pretendido por la demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad o conglobamiento, esto es, la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece; iv) los empleadores de los docentes afiliados al Fomag son las entidades territoriales, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de empleador; y v) las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.

Indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 proferida por la Corte Constitucional no aplica a la parte actora, pues en ese caso la docente no había sido afiliada al Fomag, lo que lo hace distinto a la presente demanda.

2.5.2. Distrital Capital-Secretaría de Educación (archivo 9 expediente digital)

El apoderado de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda. Como fundamentos de su defensa, señaló que, a diferencia de lo dispuesto para los fondos privados de cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del Fomag tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados.

Sostuvo que, ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al Fomag, esto se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”, por lo que, en lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de Ley.

Señaló que no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para el escenario del Fomag, ya que lo que sanciona la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías, y al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del Fomag, de contera se descarta algún tipo de sanción.

Por otro lado, adujo que de conformidad con lo establecido por la Ley 91 de 1989, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003, los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG. Lo anterior significa que, por un lado, los docentes forzosamente deben ser afiliados al FOMAG y a través de ese Fondo obtener el pago de sus prestaciones sociales y, por otra parte, sus cesantías deben ser reconocidas y pagadas de acuerdo a los procedimiento y reglamentación establecida para tales efectos. Es decir, el ordenamiento jurídico no prevé que los docentes tengan la posibilidad de elegir otro esquema o figura de administración de sus cesantías, sino que por voluntad expresa del legislador deben someterse al régimen especial previsto para el Magisterio, el cual no ha sido retirado del mundo jurídico por parte de algún alto tribunal.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Finalmente, solicitó al despacho negar las pretensiones de la demanda.

2.6. PRUEBAS, FIJACIÓN DEL LITIGIO Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio del Auto Interlocutorio No. 444 del 31 de agosto de 2023 (archivo 32 expediente digital), el despacho tuvo como pruebas las aportadas al proceso, fijó el litigio y, en firme dichas decisiones, dispuso correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para presentar escrito de alegaciones finales.

Parte demandante (archivo 34 expediente digital): reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Así mismo, aportó providencias judiciales que resuelven sobre la sanción moratoria que aquí se debate.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

El problema jurídico se circunscribe a determinar si la demandante, MARÍA DEL CARMEN HENAO LLANO, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en Ley 50 de 1990 y la indemnización por el no pago de los intereses de las cesantías prevista en la Ley 52 de 1975, por el presunto retardo en la consignación de las cesantías anualizadas y los intereses de las mismas, comprendidas entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 2020 así como los ajustes legales a los valores adeudados e intereses correspondientes.

3.2. Del marco normativo

3.2.1. Del régimen de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero únicamente respecto del tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942. El Decreto 2767 de 1945 hizo extensivas las cesantías a los empleados y obreros al servicio de los departamentos y municipios.

A su vez, el Artículo 1º de la Ley 65 de 1946 dispuso que «Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.» En el párrafo de esta norma, se extendió este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios.

Al amparo de dichas disposiciones, el auxilio de cesantía de los servidores públicos a nivel territorial debía liquidarse con retroactividad, pagando un mes de salario por cada año de servicio, computando todo el tiempo laborado y teniendo en cuenta el último salario devengado, a menos que haya tenido modificaciones en los últimos tres meses.

De otra parte, la liquidación del auxilio de cesantías fue reglamentada a través del Artículo 6º del Decreto 1160 de 1947 que indicó que: *“para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”*

Hasta este momento, el ordenamiento jurídico no consagraba de manera específica para los docentes un régimen de liquidación de cesantías, razón por la cual dicho personal estaba sujeto a las normas prestacionales de los empleados públicos.

Con la expedición de la Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se determinó que dicha entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En el Parágrafo del Artículo 2º de la Ley 91 se advirtió cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la misma:

“Parágrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.”

En similar sentido, respecto del régimen prestacional de los docentes nacionalizados, nacionales y aquellos que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, el Artículo 15 dispuso:

“Artículo 15º.- 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:

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 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, 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.”

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3 de este mismo Artículo consagró:

“3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, 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.”

De lo anterior se deduce que a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, y los docentes territoriales vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

En punto al tema, en reiteradas decisiones, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que los docentes oficiales vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, sin importar si fueron vinculados a través de un ente territorial, o si fueron financiados o cofinanciados, se deben acoger al régimen prestacional establecido en la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su Artículo 81 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 la presente ley”*.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido Fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003 estableció:

“Artículo 1º.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1º.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (Negrilla fuera de texto).

Parágrafo 2º.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5º. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.”

Ahora bien, en sentencia del 18 de enero de 2018¹, el Consejo de Estado consideró que quienes se vincularon como docentes con posterioridad al 1º de enero de 1990 cuentan con un régimen prestacional especial señalado en la Ley 91 de 1989 por lo que las cesantías a que tengan derecho se liquidan de forma anualmente sin retroactividad.

3.2.2. Del régimen anualizado de cesantías dispuesto en la Ley 50 de 1990.

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», dio un paso adicional encaminado a ampliar la cobertura del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para la generalidad de los servidores públicos, al consagrar, en su Artículo 13, lo siguiente:

“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;

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Sentencia del 18 de enero de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 19001-33-31-000-2011-00305-01 (1733-2016). Demandante: Juvencio Chilito Chilito. Demandado: Departamento del Cauca.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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”.

La norma vigente a la fecha de expedición de la previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo Artículo 99 consagró:

“Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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”.

De igual manera, es necesario indicar que el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los Artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus Artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, la Ley 432 de 1998, en sus Artículos 5 y siguientes. Así lo determinó:

“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”.

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores².

Asimismo, es necesario indicar que el Decreto 1252 de 2000, «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública», estableció lo siguiente:

“Artículo 1º.- Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías. Parágrafo. Los fondos o entidades públicas, incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo”.

Del caso concreto

En el caso concreto, están probados los siguientes hechos:

- La demandante es docente y según se desprende de las pruebas obrantes en el proceso su vinculación es de carácter territorial (archivos 27 a 29 expediente digital).

- Obra extracto de los intereses de las cesantías consignados a la parte actora, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 2, págs. 64 a 66 expediente digital):

² Es decir, el sistema de liquidación retroactiva, consagrado en Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

Expediente: 11001-3342-051-2022-000189-00
Demandante: MARÍA DEL CARMEN HENAO LLANO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

CESANTIAS QUE AFECTAN LA LIQUIDACION DE INTERESES						
Vinculacion	Fuente recursos	Prestacion	Valor	Numero resoluci3n	Fecha de pago	
DISTRITAL	RECURSOS PROPIOS	CP	7,679,806	1358	2007-04-19	
DISTRITAL	RECURSOS PROPIOS	CP	7,000,000	492	2012-05-14	
DISTRITAL	RECURSOS PROPIOS	CP	13,208,348	5374	2016-01-29	

INTERESES PAGADOS						
Año	DTF	Cesantias	Acumulado	Intereses	Fecha	Estado
1997	24.37%	239,232	239,232	58,301	19/03/1998	PRESENTE PAGO
1998	34.57%	536,941	776,173	268,323	12/03/1999	PRESENTE PAGO
1999	16.2%	696,840	1,473,013	238,628	11/03/2000	PRESENTE PAGO
2000	13.67%	910,815	2,383,828	325,869	07/05/2001	PRESENTE PAGO
2001	12.89%	963,638	3,347,466	431,488	05/03/2002	PRESENTE PAGO
2002	9.07%	994,905	4,342,371	393,853	05/03/2003	PRESENTE PAGO
2003	8.07%	1,054,988	5,397,359	435,567	05/03/2004	PRESENTE PAGO
2004	8.13%	1,110,684	6,508,043	529,104	12/03/2005	PRESENTE PAGO
2005	7.19%	1,171,763	7,679,806	552,178	13/03/2006	PRESENTE PAGO
2006	6.56%	1,404,856	9,084,662	595,954	09/03/2007	PRESENTE PAGO
2007	8.26%	1,746,324	3,151,180	260,287	10/03/2008	PRESENTE PAGO
2008	10.04%	1,845,681	4,996,861	501,685	06/04/2009	PRESENTE PAGO
2009	6.24%	1,987,233	6,984,094	435,807	30/03/2010	PRESENTE PAGO
2010	3.88%	2,243,690	9,227,784	358,038	10/03/2011	PRESENTE PAGO
2011	4.61%	2,314,811	11,542,595	532,114	21/03/2012	PRESENTE PAGO
2012	5.85%	2,768,118	7,310,713	427,677	27/03/2013	PRESENTE PAGO
2013	4.44%	2,863,336	10,174,049	451,728	22/03/2014	PRESENTE PAGO
2014	4.46%	3,034,299	13,208,348	589,092	18/03/2015	PRESENTE PAGO
2015	5.13%	3,403,656	16,612,004	852,196	12/03/2016	PRESENTE PAGO
2016	7.52%	3,796,541	7,200,197	541,455	17/03/2017	PRESENTE PAGO
2017	6.37%	4,083,631	11,283,828	718,780	15/03/2018	PRESENTE PAGO
2018	5.05%	4,428,939	15,712,767	793,495	19/03/2019	PRESENTE PAGO
2019	4.98%	4,788,452	20,501,219	1,020,961	24/03/2020	PRESENTE PAGO
2020	3.64%	5,104,384	25,605,603	932,044	27/03/2021	PRESENTE PAGO

PAGOS REALIZADOS				
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto
200003300030627	2000-03-30	BBVA COLOMBIA	MULTIFERIA VEINTE DE JULIO	238628
200105300012703	2001-05-30	DAVIVIENDA (BANCAFE)	SANTA ISABEL	325869
200203260013362	2002-03-26	DAVIVIENDA (BANCAFE)	SANTA ISABEL	431488

PAGOS REALIZADOS				
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto
200303280043092	2003-03-28	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	393853
200403260040432	2004-03-26	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	435567
200503310046001	2005-03-31	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	529104
200603300049283	2006-03-30	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	552178
200703200049321	2007-03-20	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	595954
200803310076764	2008-03-31	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	260287
200904170087100	2009-04-17	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	501685
201004120102712	2010-04-12	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	435807
201103180085163	2011-03-18	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	358038
201205090106963	2012-05-09	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	532114
201304080072906	2013-04-08	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	427677
201403280071460	2014-03-28	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	451728
201503270075173	2015-03-27	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	589092
201603310076697	2016-03-31	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	852196
201703310074722	2017-03-31	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	541455
201803280074745	2018-03-28	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	718780
201903290074185	2019-03-29	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	793495
202003310072511	2020-03-31	BANCO COLPATRIA	BANCO COLPATRIA SUCURSAL ABIERTA	1020961
202103310070829	2021-03-31	BANCO COLPATRIA	BANCO COLPATRIA SUCURSAL ABIERTA	932044

Departamento Municipal Planteil	BOGOTA D.C. BOGOTA D. C. DOCENTES DISTRITALES	Vinculaci3n Fuentes de recurso	DISTRITAL RECURSOS PROPIOS

CESANTIAS QUE AFECTAN LA LIQUIDACION DE INTERESES						
Vinculacion	Fuente recursos	Prestacion	Valor	Numero resoluci3n	Fecha de pago	
DISTRITAL	RECURSOS PROPIOS	CP	7,679,806	1358	2007-04-19	
DISTRITAL	RECURSOS PROPIOS	CP	7,000,000	492	2012-05-14	
DISTRITAL	RECURSOS PROPIOS	CP	13,208,348	5374	2016-01-29	

INTERESES PAGADOS						
Año	DTF	Cesantias	Acumulado	Intereses	Fecha	Estado
Sin datos	Sin datos	Sin datos	Sin datos	Sin datos	Sin datos	Sin datos

PAGOS REALIZADOS				
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto
199803300045576	1998-03-30	BBVA COLOMBIA	PARQUE NACIONAL	58301
199903300041017	1999-03-30	BBVA COLOMBIA	MULTIFERIA VEINTE DE JULIO	268323

Ahora, en este punto es del caso traer a colaci3n lo se1alado por la Subsecci3n B del Consejo de Estado³, frente a la aplicaci3n de la sanci3n moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, así:

“Según lo previsto en el artículo 115 de la Ley 155 de 1994, los docentes oficiales se benefician del reconocimiento del auxilio de cesantías de acuerdo con los parámetros establecidos por el artículo 15 (numeral 3) de la Ley 91 de 1989, norma en la que se distinguen, por un lado, los docentes que son beneficiarios del régimen de cesantías retroactivas y, por otro, a quienes se les aplica el régimen de cesantías anualizadas con pago de intereses y sin retroactividad.

Quiere decir lo anterior, que los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 gozan del régimen de cesantías anualizadas, prestaci3n que desde la entrada en vigencia de la Ley 344 de

³ Consejo de Estado, Secci3n Segunda, Subsecci3n B, sentencia del 13 de noviembre de 2020, expediente o8001-23-33-000-2013-00394-01 , número interno 5156-16, M.P. Cesar Palomino Cortés.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

1996⁴, debe liquidarse de acuerdo con lo previsto por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es decir, anualmente y consignarse en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de mora (...).
Así mismo, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵ ha sostenido lo siguiente:

“En efecto, sobre ese particular, la Corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 sostuvo que el «hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política».

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando el «ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000». Y finalmente, concluyó:

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

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

Como se advirtió, los docentes se encuentran en la categoría de los empleados públicos y no existe razón que justifique que en su calidad de trabajadores no tengan derecho, de la misma forma que los demás servidores públicos, a que sus prestaciones sociales sean canceladas en tiempo. Una interpretación contraria no protegería a estas personas en la misma forma que a otros servidores públicos, lo cual tendría como consecuencia la restricción de su posibilidad de gozar de la garantía del pago oportuno del auxilio de cesantías y, a su vez, de las protecciones ya mencionadas que se derivan de esa prestación. [...]
Sumado a lo anterior, **el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que hipótesis como las que ahora se encuentran bajo estudio pueden desconocer el derecho a la igualdad.**
[...]

4 “**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 Organos 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.
<Inciso 3o. INEXEQUIBLE>
PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

5 Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2022, expediente 08001-23-33-000-2017-00795-01, número interno 2659-2020, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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.**

Asimismo, en Sentencia SU-332 de 2019 esa corporación también concluyó que:

52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990⁶.

Nuevamente, en el año 2023, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷, frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, indicó:

“(…) Conforme a la normativa transcrita se tiene entonces que los docentes oficiales que se vincularon a partir del 1°. de enero de 1990 les es aplicable el régimen de cesantías anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990, que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social con pago de intereses, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de retardo”.

Del mismo modo, recientemente, el Consejo de Estado⁸, al resolver una solicitud de tutela contra providencia judicial, acogió el principio de favorabilidad y consideró que es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales; así lo indicó:

“(…) Sin embargo, se resalta que la referida línea jurisprudencial fue modificada por vía de solicitud de tutela, al considerarse que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la prestación mencionada, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, para evitar incurrir en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso. (...)”

En este orden de ideas, se evidencia que en materia de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías anualizadas en favor de los docentes, si bien no existe una sentencia de unificación proferida por el alto tribunal de lo contencioso administrativo, la corporación ha sentado una línea pacífica al respecto que permite acceder al amparo solicitado, en tanto se desconoció la actual postura decisional en virtud de la cual a los docentes sí les aplican las disposiciones del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual resulta «más favorable respecto de los derechos laborales», máxime cuando el ámbito de aplicación de la referida sanción moratoria se extiende a todos los empleados públicos.

Ello teniendo en cuenta que, pese a que el Tribunal accionado explicó las razones por las cuales acogió la tesis que en principio tenían la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la materia, esto es, negar el reconocimiento de la sanción moratoria en favor de los docentes en los términos de la Ley 50 de 1990 por pertenecer a un régimen especial, esta Sala de Decisión

⁶ Este mismo criterio se mantiene en la Subsección A del Consejo de Estado. Ver sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 08001-23-33-000-2015-80070-01 (1549-2021), M.P. Carmelo Perdomo Cueter.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de marzo de 2023, expediente 11001-03-15-000-2023-01063-00, MP Juan Enrique Bedoya Escobar.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

extraña una motivación suficiente que permita entender por qué se apartó de la tesis vigente, máxime, cuando les resulta beneficiosa frente a la protección integral que merecen sus derechos labores.”

También, la Corte Constitucional ha considerado que los docentes tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 50 de 1990; así lo señaló en la Sentencia SU-041 de 2020:

“5.1.6. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional antes reseñada, es posible concluir que: (i) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías; (ii) el reconocimiento de esta prestación económica frente a los miembros del magisterio ha operado tanto en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, como por extensión del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a través de la Ley 344 de 1996, reglamentada por los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000; (iii) en todas las acciones de tutela reseñadas, los docentes habían interpuesto demandas -hoy medio de control- de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de actos administrativos que les negaban el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, razón por la cual las decisiones en sede constitucional ordenaron su revocatoria y la expedición de nuevos fallos, en términos perentorios, que sí reconocieran la indemnización(...)” (Subraya el despacho).

Así las cosas, este despacho acoge el anterior criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el sentido de que, conforme al principio de favorabilidad, le es aplicable a los docentes el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Ahora bien, no pasa por alto el despacho que mediante Sentencia SU-573 de 2019, la Corte Constitucional indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 no constituye un precedente al caso allí estudiado, por considerar que no se evidenciaba *prima facie* una amenaza de vulneración de los derechos fundamentales y por ausencia de identidad fáctica que pudiera aplicarse al caso concreto. Sin embargo, al declarar la improcedencia de la acción de tutela, no definió de manera concreta los criterios a tener en cuenta para que se configure el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los docentes afiliados al Fomag y estimó que la interpretación y unificación de la jurisprudencia le corresponde al máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Es decir, dejó en manos de esta jurisdicción la decisión de la aplicación del Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual hasta la fecha no se ha dado. En tal sentido, no se puede concluir que la Sentencia SU-573 de 2019 constituya un precedente aplicable al *sub examine*.

Antes de entrar a analizar como incurrió la mora en el caso en concreto, es pertinente traer a colación las reglas dispuestas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en relación con el reconocimiento de cesantías y sanción moratoria prevista en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016⁹, en la que estableció lo siguiente:

“1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.

2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.

4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.

5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.”

⁹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero – Providencia del 25 de agosto de 2016 - Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16 - Actor: Yesenia Esther Hereira Castillo - Demandado: Municipio De Soledad.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La citada decisión fue objeto de aclaración en providencia del 06 de agosto del 2020¹⁰, en relación con el momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción para reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías anualizadas, en el siguiente sentido:

- i)

El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.
- ii)

En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción.”

Ahora bien, revisado el expediente se advierte que no existe prueba del reconocimiento de las cesantías, ya que únicamente fue allegada la certificación de pago de los intereses de las cesantías a la demandante, respecto de los cuales vale la pena aclarar que dichos intereses son pagados directamente al trabajador.

En consecuencia, no es posible establecer si la entidad demandada ha cancelado o no las cesantías a la demandante, por lo que se establecerá como fecha límite de la sanción moratoria por el no pago de cesantías hasta la fecha en que se haga efectiva la consignación de las mismas en el Fomag.

De acuerdo con lo expuesto, en el caso concreto se causó una sanción moratoria a favor de la demandante desde el 15 de febrero de 2021, cuando la entidad empleadora incurrió en retardo por las cesantías del 2020¹¹, así:

Anualidad Cesantías	Fecha que la Ley 50/90 dispone para la consignación	Exigibilidad de la sanción	Fecha límite de la sanción por pago
2020	14/02/2021	15/02/2021	Hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag ¹² , condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma

Por otro lado, la demandante presentó la reclamación de la sanción moratoria en sede administrativa el 17 de septiembre de 2021 (archivo 2, págs. 53 a 57 expediente digital), de modo que no se configuró la prescripción extintiva, según se expone a continuación:

Cesantías anualizadas	Exigibilidad de la sanción	Prescripción	Fecha de la reclamación
2020	15/02/2021	15/02/2024	17/09/2021

En consecuencia, como la demandante reclamó ante la administración el 17 de septiembre de 2021, no se configuró la prescripción de la sanción moratoria por las cesantías de la anualidad de 2020, de modo que se condenará al Distrito Capital-Secretaría de Educación a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Sentencia de Unificación por Importancia Jurídica - Sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 – Providencia del 06 de agosto de 2020 – Expediente No. 08001-23-33-000-2013-00666-01 – No. Interno 0833-2016 – Demandante: María Lucely Taborda Cervantes – Demandado: Municipio de Sabanagrande (Atlántico)

¹¹ En la demanda únicamente se solicitó la mora por la no consignación de las cesantías del año 2020.

¹² Ello, siguiendo la forma en que el Consejo de Estado determinó el periodo de mora -sentencia del 19 de enero de 2023, Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez-.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la actora en el momento en que se produjo la mora.

Por otro lado, si bien en providencias anteriores se ordenó el ajuste del valor total generado por concepto de sanción moratoria según lo dispuesto en el Artículo 187 del CPACA, este despacho ajusta su posición y acoge el criterio adoptado por el Consejo de Estado¹³, en el sentido de determinar que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación, dada la naturaleza de dicha indemnización.

Respecto de los intereses a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que el mismo equivale a un interés anual sobre saldo de las cesantías a 31 de diciembre de cada año equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Por su parte, el Acuerdo 39 de 1998, *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG”*, dispone en su Artículo 4, lo siguiente:

“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.” (Subrayado fuera de texto).

En el proceso obra prueba que el pago de los intereses de la demandante se efectuó el 27 de marzo de 2021 (pág. 64 “intereses pagados” archivo 2 expediente digital), es decir, en los términos de la Ley 91 de 1989 y del Acuerdo 39 de 1998.

Adicional a lo anterior, se advierte que la Ley 52 de 1975¹⁴ es una norma que está dirigida al sector privado¹⁵ y que la liquidación de los intereses dispuesta en ella¹⁶ es diferente a la manera que prescribe la Ley 91 de 1989¹⁷, es decir que no se podría usar la forma de establecer los intereses de esta e imponer la sanción que prevé aquella sin crear una tercera norma no emitida por el legislador.

Así las cosas, no es procedente acceder a la sanción que contempla la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses que reclama la parte actora.

Finalmente, se advierte que no es procedente condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que *“El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”*, lo cual quiere decir que dicha sanción es impuesta al empleador que incumpla los términos señalados en la norma por la no consignación de las cesantías anuales, y no respecto del fondo de cesantías u otra entidad que intervenga en el trámite administrativo, por lo que se absolverá de responsabilidad a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que, conforme a lo dispuesto en la Ley, es el Distrito Capital- Secretaría de Educación como empleador, al encontrarse probado que la actora es una docente con vinculación territorial, el llamado a responder por la sanción mora.

¹³ Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda CE- SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018.

¹⁴ Por la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares

¹⁵ Consejo de Estado, Providencia del 24 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-23-31-000-2002-00669-01(1827-04), CP ALBERTO ARANGO MANTILLA. – Consejo de Estado, providencia del 19 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-2331-000-2002-00713-01(1945-04), CP ANA MARGARITA OLAYA FORERO.

¹⁶ El artículo 1 de la Ley 75 de 1975 dispone respecto de los intereses que serán del 12% anual.

¹⁷ El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en relación con los intereses prescribe que será “...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.”

Expediente: 11001-3342-051-2022-000189-00
Demandante: MARÍA DEL CARMEN HENAO LLANO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la ocurrencia del acto ficto presunto negativo derivado de la no respuesta a la petición elevada el 17 de septiembre de 2021.

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD** del acto ficto o presunto negativo originado por el silencio del Distrito Capital- Secretaría de Educación, frente a la petición radicada el 17 de septiembre de 2021, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al **DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, a pagar la señora **MARÍA DEL CARMEN HENAO LLANO**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 41.891.343, a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la demandante en el momento en que se produjo la mora, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- El **DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

QUINTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- Absolver de responsabilidad a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SÉPTIMO.- No se condena en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

OCTAVO.- Ejecutoriada esta providencia, **por secretaría**, y a costa de la parte actora, **EXPÍDASE** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

DÉCIMO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

SB

notificacionescundinamarcalqab@gmail.com
notificacionesjudiciales@mineduccion.gov.co

Expediente: 11001-3342-051-2022-000189-00
Demandante: MARÍA DEL CARMEN HENAO LLANO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

notjudicial@fiduprevisora.com.co
lasanabria@fiduprevisora.com.co
notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co
chepelin@hotmail.fr

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **e46f0de6c9f9dc6c448d485bffa398c2cee2e2d3261b46ddcd51ace0a2475af2**
Documento generado en 27/09/2023 08:35:09 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA No. 218	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-000192-00
Demandante:	ROSALBA ESPINOSA RAMÍREZ
Demandado:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
Decisión:	Sentencia anticipada que accede parcialmente las pretensiones de la demanda
Tema:	Indemnización moratoria por el no pago oportuno de cesantías-Ley 50 de 1990

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar **SENTENCIA ANTICIPADA** de **PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **ROSALBA ESPINOSA RAMÍREZ**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 51.556.177, contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 6 a 53 archivo 2 expediente digital)

La demandante solicitó la nulidad del acto administrativo ficto frente a la petición presentada ante la Secretaría de Educación de Bogotá el 17 de septiembre de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 50 de 1990 y la indemnización por el pago tardío de los intereses de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se condene a la demandada a: i) reconocer y pagar la sanción por mora establecida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020; ii) reconocer y pagar 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 1176 de 1991; iii) reconocer y pagar 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, tomando como base la variación del IPC, de conformidad con el Artículo 187 del CPACA; iv) reconocer y pagar los intereses moratorios conforme al Artículo 193 del CPACA; v) dar cumplimiento al fallo dentro del término establecido en el Artículo 192 del CPACA; y vi) condenar en costas.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, la apoderada señaló lo siguiente:

Manifestó que la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero de 2021. Agregó que dichos términos no fueron cumplidos por la entidad demandada.

El 17 de septiembre de 2021, la demandante 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 se resolvió de forma negativa.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, los actos administrativos acusados trasgreden las siguientes normas:

- Constitución Política Artículos 13 y 53.
- Ley 91 de 1989, Artículo 5 y 15.
- Ley 50 de 1990, Artículo 99.
- Ley 1955 de 2019, Artículo 57.
- Ley 52 de 1975, Artículo 1.
- Ley 344 de 1996, Artículo 13.
- Ley 432 de 1998, Artículo 5.
- Decreto Nacional 1176 de 1991, Artículo 3.
- Decreto Nacional 1582 de 1998, Artículos 1 y 2.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como concepto de violación, la apoderada sostuvo que, conforme a lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020 -CE-SUJ-SII-022-2020-, “*el nacimiento de la sanción por mora no está condicionado al reconocimiento de la cesantía, ocurriendo de pleno derecho por el incumplimiento del pago de parte del empleador dentro de los términos de ley*”.

Sostuvo que la finalidad de la Ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Corte Constitucional C-486 de 2016, SU-098 de 2018, SU-332 de 2019 y SU-041 de 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactiva a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar el 15 de febrero de cada anualidad.

Igualmente, hizo alusión a la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019, respecto de la cual resaltó que: “*los despachos judiciales accionados desconocieron que aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, y el Decreto 1252 de 2000, no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción, pues esta es la interpretación que más se ajusta a la Constitución*”.

Concluyó que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional se han pronunciado de manera unificada sobre la aplicabilidad del contenido del Artículo 99 de la ley 50 de 1990 a los docentes oficiales, habiendo encontrado que no existe ninguna razón para que, una vez vencido el 15 de febrero de cada anualidad, las cesantías de los maestros de régimen anualizado no sean consignadas al Fomag, pues el régimen de cesantías de los docentes y los demás servidores públicos del país es exacto; de hecho, el cambio de régimen retroactivo a régimen anualizado fue efectuado desde el 29 de diciembre de 1989 a los maestros, cuando el resto de servidores públicos del país fue realizado un año con posterioridad.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio No. 338 del 23 de junio de 2023 (archivo 5 expediente digital), se procedió a efectuar la notificación en debida forma conforme lo dispuesto en la referida providencia a la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Distrito Capital- Secretaría de Educación (archivo 7 expediente digital), quienes contestaron la demanda dentro de la oportunidad legal.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.5.1. Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 9 expediente digital).

La apoderada de este ente ministerial se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Expuso que a los docentes no les es aplicable la Ley 50 de 1990, en el entendido de que estos no ostentan la calidad de trabajadores privados, ya que son un régimen exceptuado.

Señaló que los docentes son considerados por la Ley y por el Consejo de Estado como empleados públicos del orden nacional, razón por la que se desvirtúa la calidad de servidores públicos del orden territorial previsto en el Decreto 1582 de 1998, que reglamentó la Ley 344 de 1996.

Resaltó que la Ley 50 de 1990 prevé su aplicación a los servidores públicos del nivel territorial afiliados a un fondo privado de cesantías y los docentes son empleados públicos del orden nacional afiliados por disposición legal única y exclusivamente a la cuenta especial de la Nación; mientras que los trabajadores particulares tienen derecho a escoger libremente el fondo de cesantías que mayor rentabilidad pueda generar a la administración de las mismas.

Sostuvo que en el régimen especial docente no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la misma vigencia presupuestal se descuenta del presupuesto de las entidades territoriales una doceava parte del situado fiscal para reservar el valor del pasivo prestacional de los docentes, lo que descarta la sanción mora por consignación extemporánea.

Agregó que en el Fomag no existe una cuenta individual por cada docente por ser un fondo común con unidad de caja, por lo que el docente debe probar que son sus cesantías individuales las que no se consignaron en tiempo.

Sobre los intereses a las cesantías, indicó que el Fomag programa su pago de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador.

Respecto 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, señaló que i) esa norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al Fomag; ii) las cesantías de los docentes afiliados al Fomag son prepagadas al fondo mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la Nación a las entidades territoriales; iii) los empleadores de los docentes afiliados al Fomag son las entidades territoriales y, en ese sentido, el Fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al Fondo quien no ostenta la calidad de empleador; iv) las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la consignación de cesantías, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de liquidación del valor de las cesantías, debido a que los recursos ya se encuentran en el Fondo; y v) aplicar a los docentes afiliados al Fomag la Ley 52 de 1975 desmejoraría sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías” debido a que las condiciones dadas por el régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general.

Indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 proferida por la Corte Constitucional no aplica a la parte actora, pues en ese caso la docente no había sido afiliada al Fomag, lo que lo hace distinto a la presente demanda.

Concluyó que a los docentes no les es aplicable la norma general, ya que estos no escogen un fondo, sino que, por voluntad del legislador, automáticamente son afiliados al Fomag, por lo cual, dado que los recursos del Fomag provienen de la Nación, no es posible dar aplicación a la norma impetrada por la parte actora. Además, sostuvo que no están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda en virtud del principio de especialidad e inescindibilidad de la norma.

2.5.2. Distrital Capital-Secretaría de Educación (archivo 10 expediente digital)

El apoderado de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda. Como fundamentos de su defensa, señaló que, a diferencia de lo dispuesto para los fondos privados

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

de cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del Fomag tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados.

Sostuvo que, ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al Fomag, esto se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”, por lo que, en lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de Ley.

Señaló que no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para el escenario del Fomag, ya que lo que sanciona la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías, y al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del Fomag, de contera se descarta algún tipo de sanción.

Por otro lado, adujo que de conformidad con lo establecido por la Ley 91 de 1989, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003, los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG. Lo anterior significa que, por un lado, los docentes forzosamente deben ser afiliados al FOMAG y a través de ese Fondo obtener el pago de sus prestaciones sociales y, por otra parte, sus cesantías deben ser reconocidas y pagadas de acuerdo a los procedimientos y reglamentación establecida para tales efectos. Es decir, el ordenamiento jurídico no prevé que los docentes tengan la posibilidad de elegir otro esquema o figura de administración de sus cesantías, sino que por voluntad expresa del legislador deben someterse al régimen especial previsto para el Magisterio, el cual no ha sido retirado del mundo jurídico por parte de algún alto tribunal.

Finalmente, solicitó al despacho negar las pretensiones de la demanda.

2.6. PRUEBAS, FIJACIÓN DEL LITIGIO Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio del Auto Interlocutorio No. 445 del 31 de agosto de 2023 (archivo 29 expediente digital), el despacho tuvo como pruebas las aportadas al proceso, fijó el litigio y, en firme dichas decisiones, dispuso correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para presentar escrito de alegaciones finales.

Parte demandante (archivo 31 expediente digital): reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Así mismo, aportó providencias judiciales que resuelven sobre la sanción moratoria que aquí se debate.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Cuestión previa

Procede el despacho a pronunciarse sobre la excepción de caducidad formulada por la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya decisión se difirió para el momento del fallo, tal como se indicó en el auto del 2 de diciembre de 2022 (archivo 12 expediente digital).

Como fundamento de la excepción, la entidad demandada consideró que al darse respuesta el 11 de noviembre de 2021, la parte actora contaba con 4 meses para demandar y, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 6 de junio de 2022, los términos con que contaba excedieron con suficiencia.

Para resolver esta excepción el despacho considera que no está llamada a prosperar, toda vez que, conforme los anexos de la demanda, la parte demandante radicó petición cuyo consecutivo correspondió al No. E-2021-213049 del 17 de septiembre de 2021 (archivo 2, págs. 54 a 58 expediente digital), la cual fue remitida por parte de la Secretaría de Educación a la Fiduciaria la Previsora S.A., a través de Oficio No. S-2021-322108 del 11 de octubre de 2021 (archivo 10.1, págs. 16 a 63 expediente digital). No se evidencia dentro del expediente una respuesta de fondo al caso particular y concreto de la demandante.

En tal sentido, se debe tener presente que uno de los casos en donde no opera el fenómeno de

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

la caducidad se presenta cuando se demandan actos producto del silencio administrativo (literal d), numeral 1 del Artículo 164 de la Ley 1437 de 2011), caso en el cual la demanda puede ser presentada en cualquier tiempo.

En lo que respecta a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, formulada también por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, la misma se resolverá con el fondo del asunto.

3.2. Problema jurídico

El problema jurídico se circunscribe a determinar si la demandante, ROSALBA ESPINOSA RAMÍREZ, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en Ley 50 de 1990 y la indemnización por el no pago de los intereses de las cesantías prevista en la Ley 52 de 1975, por el presunto retardo en la consignación de las cesantías anualizadas y los intereses de las mismas, comprendidas entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 2020 así como los ajustes legales a los valores adeudados e intereses correspondientes.

3.3. Del marco normativo

3.3.1. Del régimen de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero únicamente respecto del tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942. El Decreto 2767 de 1945 hizo extensivas las cesantías a los empleados y obreros al servicio de los departamentos y municipios.

A su vez, el Artículo 1º de la Ley 65 de 1946 dispuso que «Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.» En el párrafo de esta norma, se extendió este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios.

Al amparo de dichas disposiciones, el auxilio de cesantía de los servidores públicos a nivel territorial debía liquidarse con retroactividad, pagando un mes de salario por cada año de servicio, computando todo el tiempo laborado y teniendo en cuenta el último salario devengado, a menos que haya tenido modificaciones en los últimos tres meses.

De otra parte, la liquidación del auxilio de cesantías fue reglamentada a través del Artículo 6º del Decreto 1160 de 1947 que indicó que *“para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”*

Hasta este momento, el ordenamiento jurídico no consagraba de manera específica para los docentes un régimen de liquidación de cesantías, razón por la cual dicho personal estaba sujeto a las normas prestacionales de los empleados públicos.

Con la expedición de la Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se determinó que dicha entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes.

En el Párrafo del Artículo 2º de la Ley 91 advirtió cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la misma:

“Párrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.”

En similar sentido, respecto del régimen prestacional de los docentes nacionalizados, nacionales y aquellos que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, el Artículo 15 dispuso:

“Artículo 15º.- 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:

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 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, 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.”

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3 de este mismo Artículo consagró:

“3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, 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.”

De lo anterior se deduce que a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, y los docentes territoriales vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

En punto al tema, en reiteradas decisiones, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que los docentes oficiales vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, sin importar si fueron vinculados a través de un ente territorial, o si fueron financiados o cofinanciados, se deben acoger al régimen prestacional establecido en la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su Artículo 81 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 la presente ley”*.

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido Fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003 estableció:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

“Artículo 1º.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1º.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (Negrilla fuera de texto).

Parágrafo 2º.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5º. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.”

Ahora bien, en sentencia del 18 de enero de 2018¹, el Consejo de Estado consideró que quienes se vincularon como docentes con posterioridad al 1º de enero de 1990 cuentan con un régimen prestacional especial señalado en la Ley 91 de 1989 por lo que las cesantías a que tengan derecho se liquidan de forma anualmente sin retroactividad.

3.3.2. Del régimen anualizado de cesantías dispuesto en la Ley 50 de 1990.

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», dio un paso adicional encaminado a ampliar la cobertura del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para la generalidad de los servidores públicos, al consagrar, en su Artículo 13, lo siguiente:

“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:

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Sentencia del 18 de enero de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 19001-33-31-000-2011-00305-01 (1733-2016). Demandante: Juvencio Chilito Chilito. Demandado: Departamento del Cauca.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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”.

La norma vigente a la fecha de expedición de la previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo Artículo 99 consagró:

“Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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”.

De igual manera, es necesario indicar que el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los Artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus Artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, la Ley 432 de 1998, en sus Artículos 5 y siguientes. Así lo determinó:

“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”.

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores².

Asimismo, es necesario indicar que el Decreto 1252 de 2000, «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública», estableció lo siguiente:

“Artículo 1º.- Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías. Parágrafo. Los fondos o entidades públicas, incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo”.

Del caso concreto

En el caso concreto, están probados los siguientes hechos:

² Es decir, el sistema de liquidación retroactiva, consagrado en Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00192-00
Demandante: ROSALBA ESPINOSA RAMÍREZ
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- La demandante es docente y según se desprende de las pruebas obrantes en el proceso su vinculación es de carácter nacional (archivo 21, págs. 7 y 8 expediente digital).
- Obra extracto de los intereses de las cesantías consignados a la parte actora, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 2, págs. 66 a 69 expediente digital):

CESANTIAS QUE AFECTAN LA LIQUIDACIÓN DE INTERESES						
Vinculacion	Fuente recursos	Prestacion	Valor	Numero resolución	Fecha de pago	
MUNICIPAL	RECURSOS PROPIOS	CP	11,223,540	1441	2010-07-16	
MUNICIPAL	RECURSOS PROPIOS	CP	13,539,792	1934	2016-07-18	

INTERESES PAGADOS						
Año	DTF	Cesantias	Acumulado	Intereses	Fecha	Estado
1997	24.37%	378,466	378,466	92,232	06/07/1999	PRESENTE PAGO
1998	34.57%	555,682	934,148	322,935	06/07/1999	PRESENTE PAGO
1999	16.2%	722,419	1,656,567	268,364	22/09/2000	PRESENTE PAGO
2000	13.67%	786,953	2,443,520	334,029	28/02/2002	REPROGRAMACION
2001	12.89%	777,943	3,221,463	415,247	27/08/2002	PRESENTE PAGO
2002	9.07%	971,427	4,192,890	380,295	14/10/2003	PRESENTE PAGO
2003	8.07%	682,346	4,875,236	393,432	05/03/2004	PRESENTE PAGO
2004	8.13%	1,054,496	5,929,732	482,087	12/03/2005	PRESENTE PAGO
2005	7.19%	1,105,361	7,035,093	505,823	13/03/2006	PRESENTE PAGO
2006	6.56%	1,235,648	1,235,648	81,059	10/05/2007	SALDO POR MODIFICACION CESANTIA
2006	6.56%	0	7,035,093	461,502	10/05/2007	PRESENTE PAGO
2007	8.26%	1,468,068	9,738,809	804,426	26/02/2008	PRESENTE PAGO
2008	10.04%	1,551,592	11,290,401	1,133,556	06/04/2009	PRESENTE PAGO
2009	6.24%	1,670,587	12,960,988	808,766	19/03/2010	PRESENTE PAGO
2010	3.88%	1,703,997	3,441,445	133,528	10/03/2011	PRESENTE PAGO
2011	4.61%	2,091,226	5,532,671	255,056	21/03/2012	PRESENTE PAGO
2012	5.85%	2,459,001	7,991,672	467,513	27/03/2013	PRESENTE PAGO
2013	4.44%	2,513,987	10,505,659	466,451	22/03/2014	PRESENTE PAGO
2014	4.46%	3,034,133	13,539,792	603,875	18/03/2015	PRESENTE PAGO
2015	5.13%	3,437,153	16,976,945	870,917	12/03/2016	PRESENTE PAGO
2016	7.52%	3,872,331	7,309,484	549,673	24/05/2017	PRESENTE PAGO
2017	6.37%	4,073,704	11,383,188	725,109	15/03/2018	PRESENTE PAGO
2018	5.05%	4,427,697	15,810,885	798,450	19/03/2019	PRESENTE PAGO
2019	4.98%	4,788,277	20,599,162	1,025,838	24/03/2020	PRESENTE PAGO
2020	3.64%	5,103,036	25,702,198	935,560	27/03/2021	PRESENTE PAGO

PAGOS REALIZADOS				
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto
200803310077066	2008-03-31	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	804426
200904170087411	2009-04-17	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	1133556

PAGOS REALIZADOS				
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto
201004120103043	2010-04-12	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	808766
201103180085506	2011-03-18	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	133528
201205090107301	2012-05-09	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	255056
201304080085346	2013-04-08	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	467513
201403280083477	2014-03-28	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	466451
201503270088727	2015-03-27	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	603875
201603310091007	2016-03-31	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	870917
201705310000858	2017-05-31	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	549673
201803280089057	2018-03-28	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	725109
201903290088452	2019-03-29	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	798450
202003310086614	2020-03-31	BANCO COLPATRIA	BANCO COLPATRIA SUCURSAL ABIERTA	1025838
202103310084727	2021-03-31	BANCO COLPATRIA	BANCO COLPATRIA SUCURSAL ABIERTA	935560

Ahora, en este punto es del caso traer a colación lo señalado por la Subsección B del Consejo de Estado³ frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, así:

“Según lo previsto en el artículo 115 de la Ley 155 de 1994, los docentes oficiales se benefician del reconocimiento del auxilio de cesantías de acuerdo con los parámetros establecidos por el artículo 15 (numeral 3) de la Ley 91 de 1989, norma en la que se distinguen, por un lado, los docentes que son beneficiarios del régimen de cesantías retroactivas y, por otro, a

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 13 de noviembre de 2020, expediente o8001-23-33-000-2013-00394-01 , número interno 5156-16, M.P. Cesar Palomino Cortés.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

quienes se les aplica el régimen de cesantías anualizadas con pago de intereses y sin retroactividad.

Quiere decir lo anterior, que los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1990 gozan del régimen de cesantías anualizadas, prestación que desde la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996⁴, debe liquidarse de acuerdo con lo previsto por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es decir, anualmente y consignarse en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de mora (...).

Así mismo, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵ ha sostenido lo siguiente:

“En efecto, sobre ese particular, la Corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 sostuvo que el «hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política».

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando el «ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000». Y finalmente, concluyó:

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

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

[...]

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

4 “**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 Organos 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.

<Inciso 30. INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2022, expediente 08001-23-33-000-2017-00795-01, número interno 2659-2020, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

cesantías y, a su vez, de las protecciones ya mencionadas que se derivan de esa prestación. [...]

Sumado a lo anterior, **el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que hipótesis como las que ahora se encuentran bajo estudio pueden desconocer el derecho a la igualdad.**

[...]

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

Asimismo, en Sentencia SU-332 de 2019 esa corporación también concluyó que:

52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990⁶.

Nuevamente, en el año 2023, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷, frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, indicó:

“(…) Conforme a la normativa transcrita se tiene entonces que los docentes oficiales que se vincularon a partir del 1°. de enero de 1990 les es aplicable el régimen de cesantías anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990, que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social con pago de intereses, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de retardo”.

Del mismo modo, recientemente, el Consejo de Estado⁸, al resolver una solicitud de tutela contra providencia judicial, acogió el principio de favorabilidad y consideró que es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales; así lo indicó:

“(…) Sin embargo, se resalta que la referida línea jurisprudencial fue modificada por vía de solicitud de tutela, al considerarse que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la prestación mencionada, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, para evitar incurrir en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso. (...)”

En este orden de ideas, se evidencia que en materia de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías anualizadas en favor de los docentes, si bien no existe una

⁶ Este mismo criterio se mantiene en la Subsección A del Consejo de Estado. Ver sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 08001-23-33-000-2015-80070-01 (1549-2021), M.P. Carmelo Perdomo Cueter.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de marzo de 2023, expediente 11001-03-15-000-2023-01063-00, MP Juan Enrique Bedoya Escobar.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

sentencia de unificación proferida por el alto tribunal de lo contencioso administrativo, la corporación ha sentado una línea pacífica al respecto que permite acceder al amparo solicitado, en tanto se desconoció la actual postura decisional en virtud de la cual a los docentes sí les aplican las disposiciones del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual resulta «más favorable respecto de los derechos laborales», máxime cuando el ámbito de aplicación de la referida sanción moratoria se extiende a todos los empleados públicos.

Ello teniendo en cuenta que, pese a que el Tribunal accionado explicó las razones por las cuales acogió la tesis que en principio tenían la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la materia, esto es, negar el reconocimiento de la sanción moratoria en favor de los docentes en los términos de la Ley 50 de 1990 por pertenecer a un régimen especial, esta Sala de Decisión extraña una motivación suficiente que permita entender por qué se apartó de la tesis vigente, máxime, cuando les resulta beneficiosa frente a la protección integral que merecen sus derechos labores.”

También, la Corte Constitucional ha considerado que los docentes tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 50 de 1990; así lo señaló en la Sentencia SU-041 de 2020:

“5.1.6. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional antes reseñada, es posible concluir que: (i) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías; (ii) el reconocimiento de esta prestación económica frente a los miembros del magisterio ha operado tanto en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, como por extensión del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a través de la Ley 344 de 1996, reglamentada por los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000; (iii) en todas las acciones de tutela reseñadas, los docentes habían interpuesto demandas -hoy medio de control- de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de actos administrativos que les negaban el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, razón por la cual las decisiones en sede constitucional ordenaron su revocatoria y la expedición de nuevos fallos, en términos perentorios, que sí reconocieran la indemnización(...)” (Subraya el despacho).

Así las cosas, este despacho acoge el anterior criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el sentido de que, conforme al principio de favorabilidad, le es aplicable a los docentes el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Ahora bien, no pasa por alto el despacho que mediante Sentencia SU-573 de 2019, la Corte Constitucional indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 no constituye un precedente al caso allí estudiado, por considerar que no se evidenciaba *prima facie* una amenaza de vulneración de los derechos fundamentales y por ausencia de identidad fáctica que pudiera aplicarse al caso concreto. Sin embargo, al declarar la improcedencia de la acción de tutela, no definió de manera concreta los criterios a tener en cuenta para que se configure el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los docentes afiliados al Fomag y estimó que la interpretación y unificación de la jurisprudencia le corresponde al máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Es decir, dejó en manos de esta jurisdicción la decisión de la aplicación del Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual hasta la fecha no se ha dado. En tal sentido, no se puede concluir que la Sentencia SU-573 de 2019 constituya un precedente aplicable al *sub examine*.

Antes de entrar a analizar como incurrió la mora en el caso en concreto, es pertinente traer a colación las reglas dispuestas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en relación con el reconocimiento de cesantías y sanción moratoria prevista en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016⁹, en la que estableció lo siguiente:

“1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.

⁹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero – Providencia del 25 de agosto de 2016 - Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16 - Actor: Yesenia Esther Hereira Castillo - Demandado: Municipio De Soledad.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- 2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.
- 3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.
- 4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.
- 5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.”

La citada decisión fue objeto de aclaración en providencia del 06 de agosto del 2020¹⁰, en relación con el momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción para reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías anualizadas, en el siguiente sentido:

- “i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.
- ii) En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción.”

Ahora bien, revisado el expediente se advierte que no existe prueba del reconocimiento de las cesantías, ya que únicamente fue allegada la certificación de pago de los intereses de las cesantías a la demandante, respecto de los cuales vale la pena aclarar que dichos intereses son pagados directamente al trabajador.

En consecuencia, no es posible establecer si la entidad demandada ha cancelado o no las cesantías a la demandante, por lo que se establecerá como fecha límite de la sanción moratoria por el no pago de cesantías hasta la fecha en que se haga efectiva la consignación de las mismas en el Fomag.

De acuerdo con lo expuesto, en el caso concreto se causó una sanción moratoria a favor de la demandante desde el 15 de febrero de 2021, cuando la entidad empleadora incurrió en retardo por las cesantías del 2020¹¹, así:

Anualidad Cesantías	Fecha que la Ley 50/90 dispone para la consignación	Exigibilidad de la sanción	Fecha límite de la sanción por pago
2020	14/02/2021	15/02/2021	Hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag ¹² , condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Sentencia de Unificación por Importancia Jurídica - Sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 – Providencia del 06 de agosto de 2020 – Expediente No. 08001-23-33-000-2013-00666-01 – No. Interno 0833-2016 – Demandante: María Lucely Taborda Cervantes – Demandado: Municipio de Sabanagrande (Atlántico)

¹¹ En la demanda únicamente se solicitó la mora por la no consignación de las cesantías del año 2020.

¹² Ello, siguiendo la forma en que el Consejo de Estado determinó el periodo de mora -sentencia del 19 de enero de 2023, Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez-.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Por otro lado, la demandante presentó la reclamación de la sanción moratoria en sede administrativa el 17 de septiembre de 2021 (archivo 2, págs. 54 a 58 expediente digital), de modo que no se configuró la prescripción extintiva, según se expone a continuación:

Cesantías anualizadas	Exigibilidad de la sanción	Prescripción	Fecha de la reclamación
2020	15/02/2021	15/02/2024	17/09/2021

En consecuencia, como la demandante reclamó ante la administración el 17 de septiembre de 2021, no se configuró la prescripción de la sanción moratoria por las cesantías de la anualidad de 2020, de modo que se condenará a la Nación-Ministerio de Educación Nacional¹³ a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la actora en el momento en que se produjo la mora.

Por otro lado, si bien en providencias anteriores se ordenó el ajuste del valor total generado por concepto de sanción moratoria según lo dispuesto en el Artículo 187 del CPACA, este despacho ajusta su posición y acoge el criterio adoptado por el Consejo de Estado¹⁴, en el sentido de determinar que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación, dada la naturaleza de dicha indemnización.

Respecto de los intereses a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que el mismo equivale a un interés anual sobre saldo de las cesantías a 31 de diciembre de cada año equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Por su parte, el Acuerdo 39 de 1998, “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG*”, dispone en su Artículo 4, lo siguiente:

“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.” (Subrayado fuera de texto).

En el proceso obra prueba que el pago de los intereses de la demandante se efectuó el 27 de marzo de 2021 (pág. 66 “intereses pagados” archivo 2 expediente digital), es decir, en los términos de la Ley 91 de 1989 y del Acuerdo 39 de 1998.

Adicional a lo anterior, se advierte que la Ley 52 de 1975¹⁵ es una norma que está dirigida al sector privado¹⁶ y que la liquidación de los intereses dispuesta en ella¹⁷ es diferente a la manera

¹³ La condena se efectúa sobre la Nación-Ministerio de Educación Nacional, teniendo en cuenta que, según la certificación de historia laboral allegada por la Secretaría de Educación de Bogotá, la vinculación de la docente es de carácter nacional y, conforme lo dispuesto por el Artículo 1º de la Ley 91 de 1989, se entiende por persona nacional a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno nacional.

¹⁴ Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda CE- SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018.

¹⁵ Por la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares

¹⁶ Consejo de Estado, Providencia del 24 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-23-31-000-2002-00669-01(1827-04), CP ALBERTO ARANGO MANTILLA. – Consejo de Estado, providencia del 19 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-2331-000-2002-00713-01(1945-04), CP ANA MARGARITA OLAYA FORERO.

¹⁷ El artículo 1 de la Ley 75 de 1975 dispone respecto de los intereses que serán del 12% anual.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

que prescribe la Ley 91 de 1989¹⁸, es decir que no se podría usar la forma de establecer los intereses de esta e imponer la sanción que prevé aquella sin crear una tercera norma no emitida por el legislador.

Así las cosas, no es procedente acceder a la sanción que contempla la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses que reclama la parte actora.

Finalmente, se advierte que no es procedente condenar al Distrito Capital-Secretaría de Educación, ya que el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que *“El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”*, lo cual quiere decir que dicha sanción es impuesta al empleador que incumpla los términos señalados en la norma por la no consignación de las cesantías anuales, y no respecto del fondo de cesantías u otra entidad que intervenga en el trámite administrativo, por lo que se absolverá de responsabilidad al Distrito Capital-Secretaría de Educación, ya que, conforme a lo dispuesto en la Ley, es la Nación-Ministerio de Educación Nacional como empleadora, al encontrarse probado que la actora es una docente con vinculación nacional, la llamada a responder por la sanción mora.

Así las cosas, se declarará no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por dicha cartera ministerial y se absolverá de responsabilidad al Distrito Capital – Secretaría de Educación.

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la ocurrencia del acto ficto presunto negativo derivado de la no respuesta a la petición elevada el 17 de septiembre de 2021.

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD** del acto ficto o presunto negativo originado por el silencio del Distrito Capital-Secretaría de Educación, frente a la petición radicada el 17 de septiembre de 2021, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, a pagar a la señora **ROSALBA ESPINOSA RAMÍREZ**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 51.556.177, a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la demandante en el momento en que se produjo la mora, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- La **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

QUINTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- Absolver de responsabilidad al **DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN**.

¹⁸ El Artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en relación con los intereses prescribe que será “...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.”

Expediente: 11001-3342-051-2022-00192-00
Demandante: ROSALBA ESPINOSA RAMÍREZ
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SÉPTIMO.- DECLARAR no probadas las excepciones de caducidad y falta de legitimación en la causa por pasiva formuladas por la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo expuesto.

OCTAVO.- No se condena en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, **por secretaría**, y a costa de la parte actora, **EXPÍDASE** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

DÉCIMO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

DÉCIMO PRIMERO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

SB

notificacionescundinamarcalqab@gmail.com
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co
notjudicial@fiduprevisora.com.co
lasanabria@fiduprevisora.com.co
notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co
chepelin@hotmail.fr

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **08bbe22882ca42842f5e88a6837711223bdb3c467bffac11d1b389da0cf4f75**

Documento generado en 27/09/2023 08:35:11 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA No. 219	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00193-00
Demandante:	SANDRA PATRICIA PRIETO LEITON
Demandado:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
Decisión:	Sentencia anticipada que accede parcialmente las pretensiones de la demanda
Tema:	Indemnización moratoria por el no pago oportuno de cesantías-Ley 50 de 1990

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar **SENTENCIA ANTICIPADA** de **PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **SANDRA PATRICIA PRIETO LEITON**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 52.098.105, contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 5 a 52 archivo 2 expediente digital)

La demandante solicitó la nulidad del acto administrativo ficto frente a la petición presentada ante la Secretaría de Educación de Bogotá el 17 de septiembre de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 50 de 1990 y la indemnización por el pago tardío de los intereses de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se condene a la demandada a: i) reconocer y pagar la sanción por mora establecida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020; ii) reconocer y pagar 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 1176 de 1991; iii) reconocer y pagar 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, tomando como base la variación del IPC, de conformidad con el Artículo 187 del CPACA; iv) reconocer y pagar los intereses moratorios conforme al Artículo 193 del CPACA; v) dar cumplimiento al fallo dentro del término establecido en el Artículo 192 del CPACA; y vi) condenar en costas.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, la apoderada señaló lo siguiente:

Manifestó que la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero de 2021. Agregó que dichos términos no fueron cumplidos por la entidad demandada.

El 17 de septiembre de 2021, la demandante 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 se resolvió de forma negativa.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, los actos administrativos acusados trasgreden las siguientes normas:

- Constitución Política Artículos 13 y 53.
- Ley 91 de 1989, Artículo 5 y 15.
- Ley 50 de 1990, Artículo 99.
- Ley 1955 de 2019, Artículo 57.
- Ley 52 de 1975, Artículo 1.
- Ley 344 de 1996, Artículo 13.
- Ley 432 de 1998, Artículo 5.
- Decreto Nacional 1176 de 1991, Artículo 3.
- Decreto Nacional 1582 de 1998, Artículos 1 y 2.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como concepto de violación, la apoderada sostuvo que, conforme a lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020 -CE-SUJ-SII-022-2020-, *“el nacimiento de la sanción por mora no está condicionado al reconocimiento de la cesantía, ocurriendo de pleno derecho por el incumplimiento del pago de parte del empleador dentro de los términos de ley”*.

Sostuvo que la finalidad de la Ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Corte Constitucional C-486 de 2016, SU-098 de 2018, SU-332 de 2019 y SU-041 de 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactiva a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar el 15 de febrero de cada anualidad.

Igualmente, hizo alusión a la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019, respecto de la cual resaltó que: *“los despachos judiciales accionados desconocieron que aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, y el Decreto 1252 de 2000, no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción, pues esta es la interpretación que más se ajusta a la Constitución”*.

Concluyó que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional se han pronunciado de manera unificada sobre la aplicabilidad del contenido del Artículo 99 de la ley 50 de 1990 a los docentes oficiales, habiendo encontrado que no existe ninguna razón para que, una vez vencido el 15 de febrero de cada anualidad, las cesantías de los maestros de régimen anualizado no sean consignadas al Fomag, pues el régimen de cesantías de los docentes y los demás servidores públicos del país es exacto; de hecho, el cambio de régimen retroactivo a régimen anualizado fue efectuado desde el 29 de diciembre de 1989 a los maestros, cuando el resto de servidores públicos del país fue realizado un año con posterioridad.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio No. 341 del 30 de junio de 2022 (archivo 5 expediente digital), se procedió a efectuar la notificación en debida forma conforme lo dispuesto en la referida providencia a la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Distrito Capital- Secretaría de Educación (archivo 7 expediente digital), quienes contestaron la demanda dentro de la oportunidad legal.

2.5.1. Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 8 expediente digital).

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La apoderada de este ente ministerial se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Expuso que el régimen de cesantías del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio es el descrito en la Ley 91 de 1989, cuyos intereses son más altos que los que se pagan al régimen general.

Sostuvo que en el Fomag no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la misma vigencia presupuestal se descuenta del presupuesto de las entidades territoriales una doceava parte del situado fiscal para reservar el valor del pasivo prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías, por lo que se trata de un “prepago de las cesantías” mas no de una consignación en la vigencia siguiente, lo que descarta la sanción mora.

Por lo anterior, señaló que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de liquidación, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el Fomag antes del 1º de febrero de cada vigencia siguiente.

Sobre los intereses a las cesantías, indicó que el Fomag programa su pago de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador.

Respecto 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, señaló que: i) esa norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al Fomag; ii) aplicar a los docentes afiliados al Fomag la Ley 52 de 1975, desmejoraría sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías” debido a que las condiciones dadas por el régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general; iii) lo pretendido por la demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad o conglobamiento, esto es, la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece; iv) los empleadores de los docentes afiliados al Fomag son las entidades territoriales, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de empleador; y v) las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.

Indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 proferida por la Corte Constitucional no aplica a la parte actora, pues en ese caso la docente no había sido afiliada al Fomag, lo que lo hace distinto a la presente demanda.

2.5.2. Distrital Capital-Secretaría de Educación (archivo 9 expediente digital)

El apoderado de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda. Como fundamentos de su defensa, señaló que, a diferencia de lo dispuesto para los fondos privados de cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del Fomag tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados.

Sostuvo que, ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al Fomag, esto se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”, por lo que, en lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de Ley.

Señaló que no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para el escenario del Fomag, ya que lo que sanciona la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías, y al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del Fomag, de contera se descarta algún tipo de sanción.

Por otro lado, adujo que de conformidad con lo establecido por la Ley 91 de 1989, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003, los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG. Lo anterior significa que, por un lado, los docentes forzosamente deben ser afiliados al FOMAG y a través de ese Fondo obtener el pago de sus prestaciones sociales y, por otra parte, sus cesantías deben ser reconocidas y pagadas de acuerdo a los procedimiento y reglamentación establecida para tales efectos. Es decir, el ordenamiento jurídico no prevé que los docentes tengan la posibilidad de elegir otro esquema o figura de

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

administración de sus cesantías, sino que por voluntad expresa del legislador deben someterse al régimen especial previsto para el Magisterio, el cual no ha sido retirado del mundo jurídico por parte de algún alto tribunal.

Finalmente, solicitó al despacho negar las pretensiones de la demanda.

2.6. PRUEBAS, FIJACIÓN DEL LITIGIO Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio del Auto Interlocutorio No. 446 del 31 de agosto de 2023 (archivo 31 expediente digital), el despacho tuvo como pruebas las aportadas al proceso, fijó el litigio y, en firme dichas decisiones, dispuso correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para presentar escrito de alegaciones finales.

Parte demandante (archivo 33 expediente digital): reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Así mismo, aportó providencias judiciales que resuelven sobre la sanción moratoria que aquí se debate.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

El problema jurídico se circunscribe a determinar si la demandante, SANDRA PATRICIA PRIETO LEITON, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en Ley 50 de 1990 y la indemnización por el no pago de los intereses de las cesantías prevista en la Ley 52 de 1975, por el presunto retardo en la consignación de las cesantías anualizadas y los intereses de las mismas, comprendidas entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 2020 así como los ajustes legales a los valores adeudados e intereses correspondientes.

3.2. Del marco normativo

3.2.1. Del régimen de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero únicamente respecto del tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942. El Decreto 2767 de 1945 hizo extensivas las cesantías a los empleados y obreros al servicio de los departamentos y municipios.

A su vez, el Artículo 1º de la Ley 65 de 1946 dispuso que «Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.» En el párrafo de esta norma, se extendió este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios.

Al amparo de dichas disposiciones, el auxilio de cesantía de los servidores públicos a nivel territorial debía liquidarse con retroactividad, pagando un mes de salario por cada año de servicio, computando todo el tiempo laborado y teniendo en cuenta el último salario devengado, a menos que haya tenido modificaciones en los últimos tres meses.

De otra parte, la liquidación del auxilio de cesantías fue reglamentada a través del Artículo 6º del Decreto 1160 de 1947 que indicó que: *“para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”*

Hasta este momento, el ordenamiento jurídico no consagraba de manera específica para los docentes un régimen de liquidación de cesantías, razón por la cual dicho personal estaba sujeto a las normas prestacionales de los empleados públicos.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Con la expedición de la Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se determinó que dicha entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes.

En el Parágrafo del Artículo 2º de la Ley 91 se advirtió cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la misma:

“Parágrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.”

En similar sentido, respecto del régimen prestacional de los docentes nacionalizados, nacionales y aquellos que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, el Artículo 15 dispuso:

“Artículo 15º.- 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:

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 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, 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.”

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3 de este mismo Artículo consagró:

“3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, 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.”

De lo anterior se deduce que a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, y los docentes territoriales vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

En punto al tema, en reiteradas decisiones, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que los docentes oficiales vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, sin importar si fueron vinculados a través de un ente territorial, o si fueron financiados o cofinanciados, se deben acoger al régimen prestacional establecido en la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su Artículo 81 estableció que el régimen prestacional de *“los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial,*

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido Fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003 estableció:

“Artículo 1°.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4° y 5° del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1°.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (Negrilla fuera de texto).

Parágrafo 2°.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5°. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.”

Ahora bien, en sentencia del 18 de enero de 2018¹, el Consejo de Estado consideró que quienes se vincularon como docentes con posterioridad al 1° de enero de 1990 cuentan con un régimen prestacional especial señalado en la Ley 91 de 1989 por lo que las cesantías a que tengan derecho se liquidan de forma anualmente sin retroactividad.

3.2.2. Del régimen anualizado de cesantías dispuesto en la Ley 50 de 1990.

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», dio un paso adicional encaminado a ampliar la cobertura del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para la generalidad de los servidores públicos, al consagrar, en su Artículo 13, lo siguiente:

“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:

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Sentencia del 18 de enero de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 19001-33-31-000-2011-00305-01 (1733-2016). Demandante: Juvencio Chilito Chilito. Demandado: Departamento del Cauca.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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”.

La norma vigente a la fecha de expedición de la previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo Artículo 99 consagró:

“Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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”.

De igual manera, es necesario indicar que el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los Artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus Artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, la Ley 432 de 1998, en sus Artículos 5 y siguientes. Así lo determinó:

“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”.

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores².

Asimismo, es necesario indicar que el Decreto 1252 de 2000, «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública», estableció lo siguiente:

“Artículo 1º.- Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías. Parágrafo. Los fondos o entidades públicas, incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo”.

Del caso concreto

En el caso concreto, están probados los siguientes hechos:

² Es decir, el sistema de liquidación retroactiva, consagrado en Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00193-00
Demandante: SANDRA PATRICIA PRIETO LEITON
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- La demandante es docente y según se desprende de las pruebas obrantes en el proceso su vinculación es de carácter nacional (archivos 25 a 27 expediente digital).
- Obra extracto de los intereses de las cesantías consignados a la parte actora, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 2, págs. 64 y 65 expediente digital):

PAGOS REALIZADOS				
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto
200003300032566	2000-03-30	BBVA COLOMBIA	MULTIFERIA VEINTE DE JULIO	86415
200105300007231	2001-05-30	DAVIVIENDA (BANCAFE)	SANTA ISABEL	184918
200203260007522	2002-03-26	BBVA COLOMBIA	BARRIO RESTREPO	295968
200303280047363	2003-03-28	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	298622
200403260044568	2004-03-26	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	350835
200503310050225	2005-03-31	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	443742
200603300054493	2006-03-30	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	479381
200703200055174	2007-03-20	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	529536
200710310014374	2007-10-31	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	14018
200803310082941	2008-03-31	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	819430
200904170093218	2009-04-17	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	1181321
201004120109077	2010-04-12	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	858211
201103180091546	2011-03-18	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	620686
201205090113297	2012-05-09	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	844178
201304080092085	2013-04-08	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	1233180
201403280090120	2014-03-28	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	1063084
201503270095731	2015-03-27	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	1203202
201603310098104	2016-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	1534390
201703310095599	2017-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	2591733
201803280095878	2018-03-28	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	2505778
201903290095236	2019-03-29	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	1657194
202003310093306	2020-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	1918583
202103310091260	2021-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	1624416

CESANTIAS QUE AFECTAN LA LIQUIDACIÓN DE INTERESES						
Vinculación	Fuente recursos	Prestacion	Valor	Numero resolución	Fecha de pago	
NACIONAL	SITUADO FISCAL/PRESUPUESTO LEY 91	CP	11,862,000	9981	2018-12-12	

INTERESES PAGADOS						
Año	DTF	Cesantías	Acumulado	Intereses	Fecha	Estado
1999	16.2%	533,427	533,427	86,415	2000-03-11	PRESENTE PAGO
2000	13.67%	819,304	1,352,731	184,918	2001-05-07	PRESENTE PAGO
2001	12.89%	943,377	2,296,108	295,968	2002-03-05	PRESENTE PAGO
2002	9.07%	996,307	3,292,415	298,622	2003-03-05	PRESENTE PAGO
2003	8.07%	1,054,988	4,347,403	350,835	2004-03-05	PRESENTE PAGO
2004	8.13%	1,110,684	5,458,087	443,742	2005-03-12	PRESENTE PAGO
2005	7.19%	1,209,245	6,769,283	479,381	2006-03-13	PRESENTE PAGO
2005	7.19%	101,951	0	7,330	2007-10-10	SALDO POR MODIFICACION CESANTIA
2006	6.56%	1,404,856	8,174,139	529,536	2007-03-09	PRESENTE PAGO
2006	6.56%	0	0	6,688	2007-10-10	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2007	8.26%	1,746,324	9,920,463	819,430	2008-03-10	PRESENTE PAGO
2008	10.04%	1,845,681	11,766,144	1,181,321	2009-04-06	PRESENTE PAGO
2009	6.24%	1,987,233	13,753,377	858,211	2010-03-30	PRESENTE PAGO
2010	3.88%	2,243,690	15,997,067	620,686	2011-03-10	PRESENTE PAGO
2011	4.61%	2,314,811	18,311,878	844,178	2012-03-21	PRESENTE PAGO
2012	5.85%	2,768,118	21,079,996	1,233,180	2013-03-27	PRESENTE PAGO
2013	4.44%	2,863,336	23,943,332	1,063,084	2014-03-22	PRESENTE PAGO
2014	4.46%	3,034,299	26,977,631	1,203,202	2015-03-18	PRESENTE PAGO
2015	5.13%	2,932,497	29,910,128	1,534,390	2016-03-12	PRESENTE PAGO
2016	7.52%	4,554,406	34,464,534	2,591,733	2017-03-17	PRESENTE PAGO
2017	6.37%	4,872,645	39,337,179	2,505,778	2018-03-15	PRESENTE PAGO
2018	5.05%	5,340,551	32,815,730	1,657,194	2019-03-19	PRESENTE PAGO
2019	4.98%	5,710,035	38,525,765	1,918,583	2020-03-24	PRESENTE PAGO
2020	3.64%	6,101,044	44,626,809	1,624,416	2021-03-27	PRESENTE PAGO

Ahora, en este punto es del caso traer a colación lo señalado por la Subsección B del Consejo de Estado³ frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, así:

“Según lo previsto en el artículo 115 de la Ley 155 de 1994, los docentes oficiales se benefician del reconocimiento del auxilio de cesantías de acuerdo con los parámetros establecidos por el artículo 15 (numeral 3) de la Ley 91 de 1989, norma en la que se distinguen, por un lado, los docentes que son beneficiarios del régimen de cesantías retroactivas y, por otro, a quienes se les aplica el régimen de cesantías anualizadas con pago de intereses y sin retroactividad.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 13 de noviembre de 2020, expediente 08001-23-33-000-2013-00394-01 , número interno 5156-16, M.P. Cesar Palomino Cortés.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Quiere decir lo anterior, que los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1990 gozan del régimen de cesantías anualizadas, prestación que desde la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996⁴, debe liquidarse de acuerdo con lo previsto por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es decir, anualmente y consignarse en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de mora (...)."

Así mismo, la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵ ha sostenido lo siguiente:

"En efecto, sobre ese particular, la Corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 sostuvo que el «hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política».

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando el «ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000». Y finalmente, concluyó:

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

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

[...]

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

Sumado a lo anterior, **el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia. Al respecto, la**

4 "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 Organos 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. <Inciso 3o. INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional".

5 Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2022, expediente 08001-23-33-000-2017-00795-01, número interno 2659-2020, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

jurisprudencia constitucional ha sostenido que hipótesis como las que ahora se encuentran bajo estudio pueden desconocer el derecho a la igualdad.

[...]

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

Asimismo, en Sentencia SU-332 de 2019 esa corporación también concluyó que:

52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990⁶.

Nuevamente, en el año 2023, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷, frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, indicó:

“(…) Conforme a la normativa transcrita se tiene entonces que los docentes oficiales que se vincularon a partir del 1º. de enero de 1990 les es aplicable el régimen de cesantías anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990, que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social con pago de intereses, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de retardo”.

Del mismo modo, recientemente, el Consejo de Estado⁸, al resolver una solicitud de tutela contra providencia judicial, acogió el principio de favorabilidad y consideró que es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales; así lo indicó:

“(…) Sin embargo, se resalta que la referida línea jurisprudencial fue modificada por vía de solicitud de tutela, al considerarse que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la prestación mencionada, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, para evitar incurrir en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso. (...)”

En este orden de ideas, se evidencia que en materia de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías anualizadas en favor de los docentes, si bien no existe una sentencia de unificación proferida por el alto tribunal de lo contencioso administrativo, la corporación ha sentado una línea pacífica al respecto que permite acceder al amparo solicitado, en tanto se desconoció la actual postura decisional en virtud de la cual a los docentes sí les aplican las disposiciones del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual resulta «más favorable respecto de los derechos laborales», máxime cuando el ámbito de aplicación de la referida sanción moratoria se extiende a todos los empleados públicos.

Ello teniendo en cuenta que, pese a que el Tribunal accionado explicó las razones por las cuales acogió la tesis que en principio tenían la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la

⁶ Este mismo criterio se mantiene en la Subsección A del Consejo de Estado. Ver sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 08001-23-33-000-2015-80070-01 (1549-2021), M.P. Carmelo Perdomo Cueter.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de marzo de 2023, expediente 11001-03-15-000-2023-01063-00, MP Juan Enrique Bedoya Escobar.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

materia, esto es, negar el reconocimiento de la sanción moratoria en favor de los docentes en los términos de la Ley 50 de 1990 por pertenecer a un régimen especial, esta Sala de Decisión extraña una motivación suficiente que permita entender por qué se apartó de la tesis vigente, máxime, cuando les resulta beneficiosa frente a la protección integral que merecen sus derechos labores.”

También, la Corte Constitucional ha considerado que los docentes tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 50 de 1990; así lo señaló en la Sentencia SU-041 de 2020:

“5.1.6. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional antes reseñada, es posible concluir que: (i) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías; (ii) el reconocimiento de esta prestación económica frente a los miembros del magisterio ha operado tanto en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, como por extensión del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a través de la Ley 344 de 1996, reglamentada por los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000; (iii) en todas las acciones de tutela reseñadas, los docentes habían interpuesto demandas -hoy medio de control- de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de actos administrativos que les negaban el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, razón por la cual las decisiones en sede constitucional ordenaron su revocatoria y la expedición de nuevos fallos, en términos perentorios, que sí reconocieran la indemnización(...)” (Subraya el despacho).

Así las cosas, este despacho acoge el anterior criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el sentido de que, conforme al principio de favorabilidad, le es aplicable a los docentes el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Ahora bien, no pasa por alto el despacho que mediante Sentencia SU-573 de 2019, la Corte Constitucional indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 no constituye un precedente al caso allí estudiado, por considerar que no se evidenciaba *prima facie* una amenaza de vulneración de los derechos fundamentales y por ausencia de identidad fáctica que pudiera aplicarse al caso concreto. Sin embargo, al declarar la improcedencia de la acción de tutela, no definió de manera concreta los criterios a tener en cuenta para que se configure el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los docentes afiliados al Fomag y estimó que la interpretación y unificación de la jurisprudencia le corresponde al máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Es decir, dejó en manos de esta jurisdicción la decisión de la aplicación del Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual hasta la fecha no se ha dado. En tal sentido, no se puede concluir que la Sentencia SU-573 de 2019 constituya un precedente aplicable al *sub examine*.

Antes de entrar a analizar como incurrió la mora en el caso en concreto, es pertinente traer a colación las reglas dispuestas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en relación con el reconocimiento de cesantías y sanción moratoria prevista en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016⁹, en la que estableció lo siguiente:

“1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.

2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.

4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.

5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.”

⁹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero – Providencia del 25 de agosto de 2016 - Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16 - Actor: Yessenia Esther Hereira Castillo - Demandado: Municipio De Soledad.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La citada decisión fue objeto de aclaración en providencia del 06 de agosto del 2020¹⁰, en relación con el momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción para reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías anualizadas, en el siguiente sentido:

- “i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.

ii) En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción.”

Ahora bien, revisado el expediente se advierte que no existe prueba del reconocimiento de las cesantías, ya que únicamente fue allegada la certificación de pago de los intereses de las cesantías a la demandante, respecto de los cuales vale la pena aclarar que dichos intereses son pagados directamente al trabajador.

En consecuencia, no es posible establecer si la entidad demandada ha cancelado o no las cesantías a la demandante, por lo que se establecerá como fecha límite de la sanción moratoria por el no pago de cesantías hasta la fecha en que se haga efectiva la consignación de las mismas en el Fomag.

De acuerdo con lo expuesto, en el caso concreto se causó una sanción moratoria a favor de la demandante desde el 15 de febrero de 2021, cuando la entidad empleadora incurrió en retardo por las cesantías del 2020¹¹, así:

Anualidad Cesantías	Fecha que la Ley 50/90 dispone para la consignación	Exigibilidad de la sanción	Fecha límite de la sanción por pago
2020	14/02/2021	15/02/2021	Hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag ¹² , condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma

Por otro lado, la demandante presentó la reclamación de la sanción moratoria en sede administrativa el 17 de septiembre de 2021 (archivo 2, págs. 53 a 57 expediente digital), de modo que no se configuró la prescripción extintiva, según se expone a continuación:

Cesantías anualizadas	Exigibilidad de la sanción	Prescripción	Fecha de la reclamación
2020	15/02/2021	15/02/2024	17/09/2021

En consecuencia, como la demandante reclamó ante la administración el 17 de septiembre de 2021, no se configuró la prescripción de la sanción moratoria por las cesantías de la anualidad de 2020, de modo que se condenará a la Nación-Ministerio de Educación Nacional¹³ a la penalidad solicitada

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Sentencia de Unificación por Importancia Jurídica - Sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 – Providencia del 06 de agosto de 2020 – Expediente No. 08001-23-33-000-2013-00666-01 – No. Interno 0833-2016 – Demandante: María Lucely Tabora Cervantes – Demandado: Municipio de Sabana grande (Atlántico)

¹¹ En la demanda únicamente se solicitó la mora por la no consignación de las cesantías del año 2020.

¹² Ello, siguiendo la forma en que el Consejo de Estado determinó el periodo de mora -sentencia del 19 de enero de 2023, Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez-.

¹³ La condena se efectúa sobre la Nación-Ministerio de Educación Nacional, teniendo en cuenta que, según la certificación de historia laboral allegada por la Secretaría de Educación de Bogotá, la vinculación de la docente es de carácter nacional y, conforme

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la actora en el momento en que se produjo la mora.

Por otro lado, si bien en providencias anteriores se ordenó el ajuste del valor total generado por concepto de sanción moratoria según lo dispuesto en el Artículo 187 del CPACA, este despacho ajusta su posición y acoge el criterio adoptado por el Consejo de Estado¹⁴, en el sentido de determinar que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación, dada la naturaleza de dicha indemnización.

Respecto de los intereses a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que el mismo equivale a un interés anual sobre saldo de las cesantías a 31 de diciembre de cada año equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Por su parte, el Acuerdo 39 de 1998, *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG”*, dispone en su Artículo 4, lo siguiente:

“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.” (Subrayado fuera de texto).

En el proceso obra prueba que el pago de los intereses de la demandante se efectuó el 27 de marzo de 2021 (pág. 64 “intereses pagados” archivo 2 expediente digital), es decir, en los términos de la Ley 91 de 1989 y del Acuerdo 39 de 1998.

Adicional a lo anterior, se advierte que la Ley 52 de 1975¹⁵ es una norma que está dirigida al sector privado¹⁶ y que la liquidación de los intereses dispuesta en ella¹⁷ es diferente a la manera que prescribe la Ley 91 de 1989¹⁸, es decir que no se podría usar la forma de establecer los intereses de esta e imponer la sanción que prevé aquella sin crear una tercera norma no emitida por el legislador.

Así las cosas, no es procedente acceder a la sanción que contempla la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses que reclama la parte actora.

Finalmente, se advierte que no es procedente condenar al Distrito Capital-Secretaría de Educación, ya que el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que *“El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”*, lo cual quiere decir que dicha sanción es impuesta al empleador que incumpla los términos señalados en la norma por la no consignación de las cesantías anuales, y no respecto del fondo de cesantías u otra entidad que intervenga en el trámite administrativo, por lo que se absolverá de responsabilidad al Distrito Capital-Secretaría de Educación, ya que, conforme a lo dispuesto en la Ley, es la Nación-Ministerio de Educación

lo dispuesto por el Artículo 1° de la Ley 91 de 1989, se entiende por persona nacional a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno nacional.

¹⁴ Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda CE- SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018.

¹⁵ Por la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares

¹⁶ Consejo de Estado, Providencia del 24 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-23-31-000-2002-00669-01(1827-04), CP ALBERTO ARANGO MANTILLA. – Consejo de Estado, providencia del 19 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-2331-000-2002-00713-01(1945-04), CP ANA MARGARITA OLAYA FORERO.

¹⁷ El artículo 1 de la Ley 75 de 1975 dispone respecto de los intereses que serán del 12% anual.

¹⁸ El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en relación con los intereses prescribe que será “...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.”

Expediente: 11001-3342-051-2022-00193-00
Demandante: SANDRA PATRICIA PRIETO LEITON
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Nacional como empleadora, al encontrarse probado que la actora es una docente con vinculación nacional, la llamada a responder por la sanción mora.

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la ocurrencia del acto ficto presunto negativo derivado de la no respuesta a la petición elevada el 17 de septiembre de 2021.

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD** del acto ficto o presunto negativo originado por el silencio del Distrito Capital-Secretaría de Educación, frente a la petición radicada el 17 de septiembre de 2021, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, a pagar a la señora **SANDRA PATRICIA PRIETO LEITON**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 52.098.105, a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la demandante en el momento en que se produjo la mora, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- La **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

QUINTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- Absolver de responsabilidad al DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN.

SÉPTIMO.- No se condena en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

OCTAVO.- Ejecutoriada esta providencia, **por secretaría**, y a costa de la parte actora, **EXPÍDASE** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente.

DÉCIMO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

Expediente: 11001-3342-051-2022-00193-00
Demandante: SANDRA PATRICIA PRIETO LEITON
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

notificacionescundinamarcalqab@gmail.com
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co
notjudicial@fiduprevisora.com.co
lasanabria@fiduprevisora.com.co
notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co
chepelin@hotmail.fr

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **4dd8bcf4e7ce6006e6c7698b80624ae521bc55745f6047719120bcaaefdc2ed**

Documento generado en 27/09/2023 08:35:13 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA No. 225	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00194-00
Demandante:	GUILLERMINA RODRÍGUEZ
Demandado:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
Decisión:	Sentencia anticipada que accede parcialmente las pretensiones de la demanda
Tema:	Indemnización moratoria por el no pago oportuno de cesantías-Ley 50 de 1990

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar **SENTENCIA ANTICIPADA** de **PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **GUILLERMINA RODRÍGUEZ**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 41.634.010, contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 5 a 61 archivo 2 expediente digital)

La demandante solicitó la nulidad del acto administrativo ficto frente a la petición presentada ante la Secretaría de Educación de Bogotá el 25 de agosto de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 50 de 1990 y la indemnización por el pago tardío de los intereses de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se condene a la demandada a: i) reconocer y pagar la sanción por mora establecida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020; ii) reconocer y pagar 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 1176 de 1991; iii) reconocer y pagar 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, tomando como base la variación del IPC, de conformidad con el Artículo 187 del CPACA; iv) reconocer y pagar los intereses moratorios conforme al Artículo 193 del CPACA; v) dar cumplimiento al fallo dentro del término establecido en el Artículo 192 del CPACA; y vi) condenar en costas.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, la apoderada señaló lo siguiente:

Manifestó que la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero de 2021. Agregó que dichos términos no fueron cumplidos por la entidad demandada.

El 25 de agosto de 2021, la demandante 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 se resolvió de forma negativa debido al silencio administrativo.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, los actos administrativos acusados trasgreden las siguientes normas:

- Constitución Política Artículos 13 y 53.
- Ley 91 de 1989, Artículo 5 y 15.
- Ley 50 de 1990, Artículo 99.
- Ley 1955 de 2019, Artículo 57.
- Ley 52 de 1975, Artículo 1.
- Ley 344 de 1996, Artículo 13.
- Ley 432 de 1998, Artículo 5.
- Decreto Nacional 1176 de 1991, Artículo 3.
- Decreto Nacional 1582 de 1998, Artículos 1 y 2.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como concepto de violación, la apoderada sostuvo que, conforme a lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020 -CE-SUJ-SII-022-2020-, “*el nacimiento de la sanción por mora no está condicionado al reconocimiento de la cesantía, ocurriendo de pleno derecho por el incumplimiento del pago de parte del empleador dentro de los términos de ley*”.

Sostuvo que la finalidad de la Ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Corte Constitucional C-486 de 2016, SU-098 de 2018, SU-332 de 2019 y SU-041 de 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactiva a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar el 15 de febrero de cada anualidad.

Igualmente, hizo alusión a la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019, respecto de la cual resaltó que: “*los despachos judiciales accionados desconocieron que aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, y el Decreto 1252 de 2000, no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción, pues esta es la interpretación que más se ajusta a la Constitución*”.

Concluyó que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional se han pronunciado de manera unificada sobre la aplicabilidad del contenido del Artículo 99 de la ley 50 de 1990 a los docentes oficiales, habiendo encontrado que no existe ninguna razón para que, una vez vencido el 15 de febrero de cada anualidad, las cesantías de los maestros de régimen anualizado no sean consignadas al Fomag, pues el régimen de cesantías de los docentes y los demás servidores públicos del país es exacto; de hecho, el cambio de régimen retroactivo a régimen anualizado fue efectuado desde el 29 de diciembre de 1989 a los maestros, cuando el resto de servidores públicos del país fue realizado un año con posterioridad.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio No. 339 del 23 de junio de 2022 (archivo 5 expediente digital), se procedió a efectuar la notificación en debida forma conforme lo dispuesto en la referida providencia a la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Distrito Capital- Secretaría de Educación (archivo 7 expediente digital), quienes contestaron la demanda dentro de la oportunidad legal.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.5.1. Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 8 expediente digital).

La apoderada de este ente ministerial se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Expuso que el régimen de cesantías del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio es el descrito en la Ley 91 de 1989, cuyos intereses son más altos que los que se pagan al régimen general.

Sostuvo que en el Fomag no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la misma vigencia presupuestal se descuenta del presupuesto de las entidades territoriales una doceava parte del situado fiscal para reservar el valor del pasivo prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías, por lo que se trata de un “prepago de las cesantías” mas no de una consignación en la vigencia siguiente, lo que descarta la sanción mora.

Por lo anterior, señaló que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de liquidación, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el Fomag antes del 1º de febrero de cada vigencia siguiente.

Sobre los intereses a las cesantías, indicó que el Fomag programa su pago de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador.

Respecto 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, señaló que i) esa norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al Fomag; ii) aplicar a los docentes afiliados al Fomag la Ley 52 de 1975, se desmejorarían sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías” debido a que las condiciones dadas por el régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general; iii) lo pretendido por el demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad o conglobamiento, esto es, la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece; iv) los empleadores de los docentes afiliados al Fomag son las entidades territoriales, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de empleador; y v) las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.

Indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 proferida por la Corte Constitucional no aplica a la parte actora, pues en ese caso la docente no había sido afiliada al Fomag, lo que lo hace distinto a la presente demanda.

2.5.2. Distrital Capital-Secretaría de Educación (archivo 9 expediente digital)

El apoderado de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda. Como fundamentos de su defensa, señaló que, a diferencia de lo dispuesto para los fondos privados de cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del Fomag tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados.

Sostuvo que, ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al Fomag, esto se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”, por lo que, en lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de Ley.

Señaló que no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para el escenario del Fomag, ya que lo que sanciona la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías, y al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del Fomag, de contera se descarta algún tipo de sanción.

Por otro lado, adujo que de conformidad con lo establecido por la Ley 91 de 1989, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003, los docentes del servicio público educativo que estén vinculados

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG. Lo anterior significa que, por un lado, los docentes forzosamente deben ser afiliados al FOMAG y a través de ese Fondo obtener el pago de sus prestaciones sociales y, por otra parte, sus cesantías deben ser reconocidas y pagadas de acuerdo a los procedimientos y reglamentación establecida para tales efectos. Es decir, el ordenamiento jurídico no prevé que los docentes tengan la posibilidad de elegir otro esquema o figura de administración de sus cesantías, sino que por voluntad expresa del legislador deben someterse al régimen especial previsto para el Magisterio, el cual no ha sido retirado del mundo jurídico por parte de algún alto tribunal.

Finalmente, solicitó al despacho negar las pretensiones de la demanda.

2.6. PRUEBAS, FIJACIÓN DEL LITIGIO Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio del Auto Interlocutorio No. 447 del 31 de agosto de 2023 (archivo 33 expediente digital), el despacho tuvo como pruebas las aportadas al proceso, fijó el litigio y, en firme dichas decisiones, dispuso correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para presentar escrito de alegaciones finales¹.

Parte demandante (archivo 36 expediente digital): reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Así mismo, aportó providencias judiciales que resuelven sobre la sanción moratoria que aquí se debate.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

El problema jurídico se circunscribe a determinar si la demandante, GUILLERMINA RODRÍGUEZ, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en Ley 50 de 1990 y la indemnización por el no pago de los intereses de las cesantías prevista en la Ley 52 de 1975, por el presunto retardo en la consignación de las cesantías anualizadas y los intereses de las mismas, comprendidas entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 2020 así como los ajustes legales a los valores adeudados e intereses correspondientes.

3.2. Del marco normativo

3.2.1. Del régimen de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero únicamente respecto del tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942. El Decreto 2767 de 1945 hizo extensivas las cesantías a los empleados y obreros al servicio de los departamentos y municipios.

A su vez, el Artículo 1º de la Ley 65 de 1946 dispuso que «Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.» En el párrafo de esta norma, se extendió este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios.

Al amparo de dichas disposiciones, el auxilio de cesantía de los servidores públicos a nivel territorial debía liquidarse con retroactividad, pagando un mes de salario por cada año de servicio, computando todo el tiempo laborado y teniendo en cuenta el último salario devengado, a menos que haya tenido modificaciones en los últimos tres meses.

De otra parte, la liquidación del auxilio de cesantías fue reglamentada a través del Artículo 6º

¹ La Fiduprevisora S.A. presentó alegatos de conclusión (archivo 31 expediente digital), solicitando su desvinculación; sin embargo, estos no se tendrán en cuenta en el proceso puesto que esa entidad no fue vinculada, como demandada, a las diligencias en ninguna etapa procesal.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

del Decreto 1160 de 1947 que indicó que *“para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”*

Hasta este momento, el ordenamiento jurídico no consagraba de manera específica para los docentes un régimen de liquidación de cesantías, razón por la cual dicho personal estaba sujeto a las normas prestacionales de los empleados públicos.

Con la expedición de la Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se determinó que dicha entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes.

En el Parágrafo del Artículo 2º de la Ley 91 advirtió cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la misma:

“Parágrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.”

En similar sentido, respecto del régimen prestacional de los docentes nacionalizados, nacionales y aquellos que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, el Artículo 15 dispuso:

“Artículo 15º.- 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:

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 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, 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.”

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3 de este mismo Artículo consagró:

“3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, 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.”

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De lo anterior se deduce que a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, y los docentes territoriales vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

En punto al tema, en reiteradas decisiones, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que los docentes oficiales vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, sin importar si fueron vinculados a través de un ente territorial, o si fueron financiados o cofinanciados, se deben acoger al régimen prestacional establecido en la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su Artículo 81 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 la presente ley”*.

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido Fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003 estableció:

“Artículo 1º.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1º.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (Negrilla fuera de texto).

Parágrafo 2º.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5º. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.”

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Ahora bien, en sentencia del 18 de enero de 2018², el Consejo de Estado consideró que quienes se vincularon como docentes con posterioridad al 1º de enero de 1990 cuentan con un régimen prestacional especial señalado en la Ley 91 de 1989 por lo que las cesantías a que tengan derecho se liquidan de anualmente sin retroactividad.

3.2.2. Del régimen anualizado de cesantías dispuesto en la Ley 50 de 1990.

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», dio un paso adicional encaminado a ampliar la cobertura del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para la generalidad de los servidores públicos, al consagrar, en su Artículo 13, lo siguiente:

“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”.

La norma vigente a la fecha de expedición de la previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo Artículo 99 consagró:

“Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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”.

De igual manera, es necesario indicar que el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los Artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus Artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, la Ley 432 de 1998, en sus Artículos 5 y siguientes. Así lo determinó:

“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”.

² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Sentencia del 18 de enero de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 19001-33-31-000-2011-00305-01 (1733-2016). Demandante: Juvencio Chilito Chilito. Demandado: Departamento del Cauca.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores³.

Asimismo, es necesario indicar que el Decreto 1252 de 2000, «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública», estableció lo siguiente:

“Artículo 1º.- Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías. Parágrafo. Los fondos o entidades públicas, incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo”.

Del caso concreto

En el caso concreto, están probados los siguientes hechos:

- La demandante es docente y según se desprende de las pruebas obrantes en el proceso su vinculación es de carácter territorial (archivo 25 expediente digital).
- Obra extracto de los intereses de las cesantías consignados a la demandante, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 2, págs. 65 y 66 expediente digital):

INTERESES PAGADOS						
Año	DTF	Cesantías	Acumulado	Intereses	Fecha	Estado
1993	0%	235,321	0	0		VALOR REPORTADO PARA ACUMULADO
1994	0%	317,321	0	0		VALOR REPORTADO PARA ACUMULADO
1995	0%	432,717	0	0		VALOR REPORTADO PARA ACUMULADO
1996	27.99%	648,978	1,634,337	457,451	02/03/1997	PRESENTE PAGO
1997	24.37%	798,409	2,432,746	592,860	29/03/1998	REPROGRAMACION POR ADICIONAL REALIZADO
1998	34.57%	992,365	3,425,111	1,184,061	12/03/1999	PRESENTE PAGO
1999	16.2%	1,256,221	4,681,332	758,376	11/03/2000	PRESENTE PAGO
2000	13.67%	1,563,224	6,244,556	853,631	07/05/2001	PRESENTE PAGO
2001	12.89%	1,706,841	7,951,397	1,024,935	05/03/2002	PRESENTE PAGO
2002	9.07%	1,728,405	9,679,802	877,958	05/03/2003	PRESENTE PAGO
2003	8.07%	1,813,840	11,493,642	927,537	05/03/2004	PRESENTE PAGO
2004	8.13%	1,901,804	13,395,446	1,089,050	12/03/2005	PRESENTE PAGO
2005	7.19%	2,006,395	15,401,841	1,107,392	13/03/2006	PRESENTE PAGO
2006	6.56%	2,106,707	17,508,548	1,148,561	09/03/2007	PRESENTE PAGO
2006	6.56%	0	-15,000,000	-984,000	03/04/2009	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2007	8.26%	2,201,503	4,710,051	389,050	03/04/2009	PRESENTE PAGO
2008	10.04%	2,326,759	7,036,810	706,496	06/04/2009	PRESENTE PAGO
2009	6.24%	2,505,210	9,542,020	595,422	30/03/2010	PRESENTE PAGO
2010	3.88%	2,555,311	12,097,331	469,376	10/03/2011	PRESENTE PAGO
2011	4.61%	2,636,310	14,733,641	679,221	21/03/2012	PRESENTE PAGO
2012	5.85%	2,768,118	17,501,759	1,023,853	27/03/2013	PRESENTE PAGO
2013	4.44%	2,863,336	8,365,095	371,410	22/03/2014	PRESENTE PAGO
2014	4.46%	3,076,391	11,441,486	510,290	18/03/2015	PRESENTE PAGO
2015	5.13%	3,410,390	14,851,876	761,901	12/03/2016	PRESENTE PAGO
2016	7.52%	3,741,465	18,593,341	1,398,219	17/03/2017	PRESENTE PAGO
2017	6.37%	4,073,879	22,667,220	1,443,902	15/03/2018	PRESENTE PAGO
2018	5.05%	4,427,874	11,723,094	592,016	19/03/2019	PRESENTE PAGO
2019	4.98%	4,906,474	16,629,568	828,152	24/03/2020	PRESENTE PAGO
2020	3.64%	5,103,213	21,732,781	791,073	27/03/2021	PRESENTE PAGO

³ Es decir, el sistema de liquidación retroactiva, consagrado en Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00194-00
Demandante: GUILLERMINA RODRÍGUEZ
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

PAGOS REALIZADOS						
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto		
200003300041578	2000-03-30	BBVA COLOMBIA	PARQUE NACIONAL	758376		
200105300005005	2001-05-30	DAVIVIENDA (BANCAFE)	SANTA ISABEL	853631		
200203260005182	2002-03-26	DAVIVIENDA (BANCAFE)	SANTA ISABEL	1024935		
200303280041809	2003-03-28	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	877958		
200403260039190	2004-03-26	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	927537		
200503310044758	2005-03-31	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	1089050		
200603300047862	2006-03-30	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	1107392		
200703200047850	2007-03-20	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	1148561		
200803310075288	2008-03-31	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	389050		
200904170085660	2009-04-17	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	111546		
201004120101254	2010-04-12	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	595422		
201103180083781	2011-03-18	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	469376		
201205090105660	2012-05-09	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	679221		
201304080071285	2013-04-08	BBVA COLOMBIA	PARQUE NACIONAL	1023853		
201403280069961	2014-03-28	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	371410		
201503270073639	2015-03-27	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	510290		
201603310075242	2016-03-31	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	761901		
201703310073375	2017-03-31	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	1398219		
201803280073459	2018-03-28	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	1443902		
201903290072985	2019-03-29	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	592016		
202003310071389	2020-03-31	BANCO COLPATRIA	BANCO COLPATRIA SUCURSAL ABIERTA	828152		
202103310069773	2021-03-31	BANCO COLPATRIA	BANCO COLPATRIA SUCURSAL ABIERTA	791073		
Departamento Municipal Plantel	BOGOTA D.C.		Vinculación Fuentes de recurso	DISTRITAL RECURSOS PROPIOS		
	BOGOTA D. C.					
	DOCENTES DISTRITALES					
CESANTIAS QUE AFECTAN LA LIQUIDACIÓN DE INTERESES						
Vinculación	Fuente recursos	Prestación	Valor	Numero resolución	Fecha de pago	
DISTRITAL	RECURSOS PROPIOS	CP	15,000,000	2646	2006-08-08	
DISTRITAL	RECURSOS PROPIOS	CP	12,000,000	4400	2013-10-11	
CESANTIAS QUE AFECTAN LA LIQUIDACIÓN DE INTERESES						
Vinculación	Fuente recursos	Prestación	Valor	Numero resolución	Fecha de pago	
DISTRITAL	RECURSOS PROPIOS	CP	15,372,000	7666	2018-01-26	
INTERESES PAGADOS						
Año	DTF	Cesantias	Acumulado	Intereses	Fecha	Estado
Sin datos	Sin datos	Sin datos	Sin datos	Sin datos	Sin datos	Sin datos
PAGOS REALIZADOS						
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto		
199703120027742	1997-03-12	BBVA COLOMBIA	PARQUE NACIONAL	457451		
199804010004948	1998-04-01	BBVA COLOMBIA	PARQUE NACIONAL	592860		
199903300040092	1999-03-30	BBVA COLOMBIA	MULTIFERIA VEINTE DE JULIO	1184061		

Ahora, en este punto es del caso traer a colación lo señalado por la Subsección B del Consejo de Estado⁴ frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, así:

“Según lo previsto en el artículo 115 de la Ley 155 de 1994, los docentes oficiales se benefician del reconocimiento del auxilio de cesantías de acuerdo con los parámetros establecidos por el artículo 15 (numeral 3) de la Ley 91 de 1989, norma en la que se distinguen, por un lado, los docentes que son beneficiarios del régimen de cesantías retroactivas y, por otro, a quienes se les aplica el régimen de cesantías anualizadas con pago de intereses y sin retroactividad.

Quiere decir lo anterior, que los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1990 gozan del régimen de cesantías anualizadas, prestación que desde la entrada en vigencia de la Ley

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 13 de noviembre de 2020, expediente 08001-23-33-000-2013-00394-01 , número interno 5156-16, M.P. Cesar Palomino Cortés.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

344 de 1996⁵, debe liquidarse de acuerdo con lo previsto por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es decir, anualmente y consignarse en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de mora (...). ”.

Así mismo, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁶ ha sostenido lo siguiente:

“En efecto, sobre ese particular, la Corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 sostuvo que el «hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política».

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando el «ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000». Y finalmente, concluyó:

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

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

[...]

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

Sumado a lo anterior, **el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios**

5 “**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 Organos 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.

<Inciso 30. INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

⁶ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2022, expediente 08001-23-33-000-2017-00795-01 , número interno 2659-2020, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que hipótesis como las que ahora se encuentran bajo estudio pueden desconocer el derecho a la igualdad.

[...]

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

Asimismo, en Sentencia SU-332 de 2019 esa corporación también concluyó que:

52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990⁷.

Nuevamente, en el año 2023, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁸, frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, indicó:

“(…) Conforme a la normativa transcrita se tiene entonces que los docentes oficiales que se vincularon a partir del 1°. de enero de 1990 les es aplicable el régimen de cesantías anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990, que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social con pago de intereses, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de retardo”.

Del mismo modo, recientemente, el Consejo de Estado⁹, al resolver una solicitud de tutela contra providencia judicial, acogió el principio de favorabilidad y consideró que es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales; así lo indicó:

“(…) Sin embargo, se resalta que la referida línea jurisprudencial fue modificada por vía de solicitud de tutela, al considerarse que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la prestación mencionada, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, para evitar incurrir en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso. (...)”

En este orden de ideas, se evidencia que en materia de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías anualizadas en favor de los docentes, si bien no existe una sentencia de unificación proferida por el alto tribunal de lo contencioso administrativo, la corporación ha sentado una línea pacífica al respecto que permite acceder al amparo solicitado, en tanto se desconoció la actual postura decisional en virtud de la cual a los docentes sí les aplican las disposiciones del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual resulta «más favorable respecto de los derechos laborales», máxime cuando el

⁷ Este mismo criterio se mantiene en la Subsección A del Consejo de Estado. Ver sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 08001-23-33-000-2015-80070-01 (1549-2021), M.P. Carmelo Perdomo Cueter.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de marzo de 2023, expediente 11001-03-15-000-2023-01063-00, MP Juan Enrique Bedoya Escobar.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ámbito de aplicación de la referida sanción moratoria se extiende a todos los empleados públicos.

Ello teniendo en cuenta que, pese a que el Tribunal accionado explicó las razones por las cuales acogió la tesis que en principio tenían la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la materia, esto es, negar el reconocimiento de la sanción moratoria en favor de los docentes en los términos de la Ley 50 de 1990 por pertenecer a un régimen especial, esta Sala de Decisión extraña una motivación suficiente que permita entender por qué se apartó de la tesis vigente, máxime, cuando les resulta beneficiosa frente a la protección integral que merecen sus derechos labores.”

También, la Corte Constitucional ha considerado que los docentes tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 50 de 1990; así lo señaló en la Sentencia SU-041 de 2020:

“5.1.6. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional antes reseñada, es posible concluir que: (i) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías; (ii) el reconocimiento de esta prestación económica frente a los miembros del magisterio ha operado tanto en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, como por extensión del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a través de la Ley 344 de 1996, reglamentada por los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000; (iii) en todas las acciones de tutela reseñadas, los docentes habían interpuesto demandas -hoy medio de control- de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de actos administrativos que les negaban el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, razón por la cual las decisiones en sede constitucional ordenaron su revocatoria y la expedición de nuevos fallos, en términos perentorios, que sí reconocieran la indemnización(...)” (Subraya el despacho).

Así las cosas, este despacho acoge el anterior criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el sentido de que, conforme al principio de favorabilidad, le es aplicable a los docentes el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Ahora bien, no pasa por alto el despacho que mediante Sentencia SU-573 de 2019, la Corte Constitucional indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 no constituye un precedente al caso allí estudiado, por considerar que no se evidenciaba *prima facie* una amenaza de vulneración de los derechos fundamentales y por ausencia de identidad fáctica que pudiera aplicarse al caso concreto. Sin embargo, al declarar la improcedencia de la acción de tutela, no definió de manera concreta los criterios a tener en cuenta para que se configure el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los docentes afiliados al Fomag y estimó que la interpretación y unificación de la jurisprudencia le corresponde al máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Es decir, dejó en manos de esta jurisdicción la decisión de la aplicación del Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual hasta la fecha no se ha dado. En tal sentido, no se puede concluir que la Sentencia SU-573 de 2019 constituya un precedente aplicable al *sub examine*.

Antes de entrar a analizar como incurrió la mora en el caso en concreto, es pertinente traer a colación las reglas dispuestas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en relación con el reconocimiento de cesantías y sanción moratoria prevista en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016¹⁰, en la que estableció lo siguiente:

“1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.

2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero – Providencia del 25 de agosto de 2016 - Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16 - Actor: Yesenia Esther Hereira Castillo - Demandado: Municipio De Soledad.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- 3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.
- 4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.
- 5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.”

La citada decisión fue objeto de aclaración en providencia del 06 de agosto del 2020¹¹, en relación con el momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción para reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías anualizadas, en el siguiente sentido:

- “i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.
- ii) En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción.”

Ahora bien, revisado el expediente se advierte que no existe prueba del reconocimiento de las cesantías, ya que únicamente fue allegada la certificación de pago de los intereses de las cesantías a la demandante, respecto de los cuales vale la pena aclarar que dichos intereses son pagados directamente al trabajador.

En consecuencia, no es posible establecer si la entidad demandada ha cancelado o no las cesantías a la demandante, por lo que se establecerá como fecha límite de la sanción moratoria por el no pago de cesantías hasta la fecha en que se haga efectiva la consignación de las mismas en el Fomag.

De acuerdo con lo expuesto, en el caso concreto se causó una sanción moratoria a favor de la demandante desde el 15 de febrero de 2021, cuando la entidad empleadora incurrió en retardo por las cesantías del 2020¹², así:

Anualidad Cesantías	Fecha que la Ley 50/90 dispone para la consignación	Exigibilidad de la sanción	Fecha límite de la sanción por pago
2020	14/02/2021	15/02/2021	Hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag ¹³ , condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma

¹¹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Sentencia de Unificación por Importancia Jurídica - Sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 – Providencia del 06 de agosto de 2020 – Expediente No. 08001-23-33-000-2013-00666-01 – No. Interno 0833-2016 – Demandante: María Lucely Taborda Cervantes – Demandado: Municipio de Sabanagrande (Atlántico)

¹² En la demanda únicamente se solicitó la mora por la no consignación de las cesantías del año 2020.

¹³ Ello, siguiendo la forma en que el Consejo de Estado determinó el periodo de mora -sentencia del 19 de enero de 2023, Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez-.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Por otro lado, la demandante presentó la reclamación de la sanción moratoria en sede administrativa el 25 de agosto de 2021 (archivo 2, págs. 53 a 57 expediente digital), de modo que no se configuró la prescripción extintiva, según se expone a continuación:

Cesantías anualizadas	Exigibilidad de la sanción	Prescripción	Fecha de la reclamación
2020	15/02/2021	15/02/2024	25/08/2021

En consecuencia, como la demandante reclamó ante la administración el 25 de agosto de 2021, no se configuró la prescripción de la sanción moratoria por las cesantías de la anualidad de 2020, de modo que se condenará al Distrito Capital a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la actora en el momento en que se produjo la mora.

Por otro lado, si bien en providencias anteriores se ordenó el ajuste del valor total generado por concepto de sanción moratoria según lo dispuesto en el Artículo 187 del CPACA, este despacho ajusta su posición y acoge el criterio adoptado por el Consejo de Estado¹⁴, en el sentido de determinar que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación, dada la naturaleza de dicha indemnización.

Respecto de los intereses a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que el mismo equivale a un interés anual sobre saldo de las cesantías a 31 de diciembre de cada año equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Por su parte, el Acuerdo 39 de 1998, *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG”*, dispone en su Artículo 4, lo siguiente:

“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.” (Subrayado fuera de texto).

En el proceso obra prueba que el pago de los intereses de la demandante se efectuó el 27 de marzo de 2021 (pág. 64 “intereses pagados” archivo 2 expediente digital), es decir, en los términos de la Ley 91 de 1989 y del Acuerdo 39 de 1998.

Adicional a lo anterior, se advierte que la Ley 52 de 1975¹⁵ es una norma que está dirigida al sector privado¹⁶ y que la liquidación de los intereses dispuesta en ella¹⁷ es diferente a la manera que prescribe la Ley 91 de 1989¹⁸, es decir que no se podría usar la forma de establecer los

¹⁴ Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda CE- SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018.

¹⁵ Por la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares

¹⁶ Consejo de Estado, Providencia del 24 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-23-31-000-2002-00669-01(1827-04), CP ALBERTO ARANGO MANTILLA. – Consejo de Estado, providencia del 19 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-2331-000-2002-00713-01(1945-04), CP ANA MARGARITA OLAYA FORERO.

¹⁷ El artículo 1 de la Ley 75 de 1975 dispone respecto de los intereses que serán del 12% anual.

¹⁸ El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en relación con los intereses prescribe que será “...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.”

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

intereses de esta e imponer la sanción que prevé aquella sin crear una tercera norma no emitida por el legislador.

Así las cosas, no es procedente acceder a la sanción que contempla la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses que reclama la parte actora.

Finalmente, se advierte que no es procedente condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que “El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”, lo cual quiere decir que dicha sanción es impuesta al empleador que incumpla los términos señalados en la norma por la no consignación de las cesantías anuales, y no respecto del fondo de cesantías u otra entidad que intervenga en el trámite administrativo, por lo que se declarará probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que, conforme a lo dispuesto en la Ley, es el Distrito Capital- Secretaría de Educación como empleador, al encontrarse probado que la actora es una docente con vinculación territorial, la llamada a responder por la sanción mora.

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la ocurrencia del acto ficto presunto negativo derivado de la no respuesta a la petición elevada el 25 de agosto de 2021.

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD** del acto ficto o presunto negativo originado por el silencio del Distrito Capital- Secretaría de Educación, frente a la petición radicada el 25 de agosto de 2021, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR al DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, a pagar la señora **GUILLERMINA RODRÍGUEZ**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 41.634.010, a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la demandante en el momento en que se produjo la mora, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- El **DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

QUINTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- DECLARAR probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo expuesto.

SÉPTIMO.- No se condena en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00194-00
Demandante: GUILLERMINA RODRÍGUEZ
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

OCTAVO.- Ejecutoriada esta providencia, **por secretaría**, y a costa de la parte actora, **EXPÍDASE** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente.

DÉCIMO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

DVP

GUILLERMINA.RODRIGUEZ01@GMAIL.COM
notificacionescundinamarcalqab@gmail.com
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co
notjudicial@fiduprevisora.com.co
t_amolina@fiduprevisora.com.co
notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co
chepelin@hotmail.fr

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **4e37f7e89a2a1af8e0f9a3ee5c52e1e2a4c9a73a21dcfb921e6998ad40c1d865**
Documento generado en 27/09/2023 08:35:14 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA No. 226	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00197-00
Demandante:	GUSTAVO CASTAÑEDA SILVA
Demandado:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
Decisión:	Sentencia anticipada que accede parcialmente las pretensiones de la demanda
Tema:	Indemnización moratoria por el no pago oportuno de cesantías Ley 50 de 1990

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar **SENTENCIA ANTICIPADA** de **PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor **GUSTAVO CASTAÑEDA SILVA**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 4.266.200, contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 5 a 64 archivo 2 expediente digital)

El demandante solicitó la nulidad del acto administrativo ficto frente a la petición presentada ante la Secretaría de Educación de Bogotá el 25 de agosto de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 50 de 1990 y la indemnización por el pago tardío de los intereses de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se condene a la demandada a: i) reconocer y pagar la sanción por mora establecida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020; ii) reconocer y pagar 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 1176 de 1991; iii) reconocer y pagar 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, tomando como base la variación del IPC, de conformidad con el Artículo 187 del CPACA; iv) reconocer y pagar los intereses moratorios conforme al Artículo 193 del CPACA; v) dar cumplimiento al fallo dentro del término establecido en el Artículo 192 del CPACA; y vi) condenar en costas.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, la apoderada señaló lo siguiente:

Manifestó que el demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero de 2021. Agregó que dichos términos no fueron cumplidos por la entidad demandada.

El 25 de agosto de 2021, el demandante 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 se resolvió de forma negativa debido al silencio administrativo.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, los actos administrativos acusados trasgreden las siguientes normas:

- Constitución Política Artículos 13 y 53.
- Ley 91 de 1989, Artículo 5 y 15.
- Ley 50 de 1990, Artículo 99.
- Ley 1955 de 2019, Artículo 57.
- Ley 52 de 1975, Artículo 1.
- Ley 344 de 1996, Artículo 13.
- Ley 432 de 1998, Artículo 5.
- Decreto Nacional 1176 de 1991, Artículo 3.
- Decreto Nacional 1582 de 1998, Artículos 1 y 2.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como concepto de violación, la apoderada sostuvo que, conforme a lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020 -CE-SUJ-SII-022-2020-, *“el nacimiento de la sanción por mora no está condicionado al reconocimiento de la cesantía, ocurriendo de pleno derecho por el incumplimiento del pago de parte del empleador dentro de los términos de ley”*.

Sostuvo que la finalidad de la Ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Corte Constitucional C-486 de 2016, SU-098 de 2018, SU-332 de 2019 y SU-041 de 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactiva a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar el 15 de febrero de cada anualidad.

Igualmente, hizo alusión a la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019, respecto de la cual resaltó que: *“los despachos judiciales accionados desconocieron que aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, y el Decreto 1252 de 2000, no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción, pues esta es la interpretación que más se ajusta a la Constitución”*.

Concluyó que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional se han pronunciado de manera unificada sobre la aplicabilidad del contenido del Artículo 99 de la ley 50 de 1990 a los docentes oficiales, habiendo encontrado que no existe ninguna razón para que, una vez vencido el 15 de febrero de cada anualidad, las cesantías de los maestros de régimen anualizado no sean consignadas al Fomag, pues el régimen de cesantías de los docentes y los demás servidores públicos del país es exacto; de hecho, el cambio de régimen retroactivo a régimen anualizado fue efectuado desde el 29 de diciembre de 1989 a los maestros, cuando el resto de servidores públicos del país fue realizado un año con posterioridad.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio No. 342 del 30 de junio de 2022 (archivo 5 expediente digital), se procedió a efectuar la notificación en debida forma conforme lo dispuesto en la referida providencia a la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Distrito Capital- Secretaría de Educación (archivo 7 expediente digital), quienes contestaron la demanda dentro de la oportunidad legal.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.5.1. Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 8 expediente digital).

La apoderada de este ente ministerial se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Expuso que el régimen de cesantías del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio es el descrito en la Ley 91 de 1989, cuyos intereses son más altos que los que se pagan al régimen general.

Sostuvo que en el Fomag no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la misma vigencia presupuestal se descuenta del presupuesto de las entidades territoriales una doceava parte del situado fiscal para reservar el valor del pasivo prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías, por lo que se trata de un “prepago de las cesantías” mas no de una consignación en la vigencia siguiente, lo que descarta la sanción mora.

Por lo anterior, señaló que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de liquidación, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el Fomag antes del 1º de febrero de cada vigencia siguiente.

Sobre los intereses a las cesantías, indicó que el Fomag programa su pago de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador.

Respecto 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, señaló que i) esa norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al Fomag; ii) aplicar a los docentes afiliados al Fomag la Ley 52 de 1975, se desmejorarían sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías” debido a que las condiciones dadas por el régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general; iii) lo pretendido por el demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad o conglobamiento, esto es, la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece; iv) los empleadores de los docentes afiliados al Fomag son las entidades territoriales, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de empleador; y v) las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.

Indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 proferida por la Corte Constitucional no aplica a la parte actora, pues en ese caso la docente no había sido afiliada al Fomag, lo que lo hace distinto a la presente demanda.

2.5.2. Distrital Capital-Secretaría de Educación (archivo 9 expediente digital)

El apoderado de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda. Como fundamentos de su defensa, señaló que, a diferencia de lo dispuesto para los fondos privados de cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del Fomag tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados.

Sostuvo que, ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al Fomag, esto se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”, por lo que, en lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de Ley.

Señaló que no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para el escenario del Fomag, ya que lo que sanciona la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías, y al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del Fomag, de contera se descarta algún tipo de sanción.

Por otro lado, adujo que de conformidad con lo establecido por la Ley 91 de 1989, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003, los docentes del servicio público educativo que estén vinculados

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG. Lo anterior significa que, por un lado, los docentes forzosamente deben ser afiliados al FOMAG y a través de ese Fondo obtener el pago de sus prestaciones sociales y, por otra parte, sus cesantías deben ser reconocidas y pagadas de acuerdo a los procedimientos y reglamentación establecida para tales efectos. Es decir, el ordenamiento jurídico no prevé que los docentes tengan la posibilidad de elegir otro esquema o figura de administración de sus cesantías, sino que por voluntad expresa del legislador deben someterse al régimen especial previsto para el Magisterio, el cual no ha sido retirado del mundo jurídico por parte de algún alto tribunal.

Finalmente, solicitó al despacho negar las pretensiones de la demanda.

2.6. PRUEBAS, FIJACIÓN DEL LITIGIO Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio del Auto Interlocutorio No. 448 del 31 de agosto de 2023 (archivo 28 expediente digital), el despacho tuvo como pruebas las aportadas al proceso, fijó el litigio y, en firme dichas decisiones, dispuso correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para presentar escrito de alegaciones finales.

Parte demandante (archivo 30 expediente digital): reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Así mismo, aportó providencias judiciales que resuelven sobre la sanción moratoria que aquí se debate.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

El problema jurídico se circunscribe a determinar si el demandante, GUSTAVO CASTAÑEDA SILVA, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en Ley 50 de 1990 y la indemnización por el no pago de los intereses de las cesantías prevista en la Ley 52 de 1975, por el presunto retardo en la consignación de las cesantías anualizadas y los intereses de las mismas, comprendidas entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 2020 así como los ajustes legales a los valores adeudados e intereses correspondientes.

3.2. Del marco normativo

3.2.1. Del régimen de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero únicamente respecto del tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942. El Decreto 2767 de 1945 hizo extensivas las cesantías a los empleados y obreros al servicio de los departamentos y municipios.

A su vez, el Artículo 1º de la Ley 65 de 1946 dispuso que «Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.» En el párrafo de esta norma, se extendió este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios.

Al amparo de dichas disposiciones, el auxilio de cesantía de los servidores públicos a nivel territorial debía liquidarse con retroactividad, pagando un mes de salario por cada año de servicio, computando todo el tiempo laborado y teniendo en cuenta el último salario devengado, a menos que haya tenido modificaciones en los últimos tres meses.

De otra parte, la liquidación del auxilio de cesantías fue reglamentada a través del Artículo 6º del Decreto 1160 de 1947 que indicó que *“para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la*

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Hasta este momento, el ordenamiento jurídico no consagraba de manera específica para los docentes un régimen de liquidación de cesantías, razón por la cual dicho personal estaba sujeto a las normas prestacionales de los empleados públicos.

Con la expedición de la Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se determinó que dicha entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes.

En el Parágrafo del Artículo 2º de la Ley 91 advirtió cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la misma:

“Parágrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.”

En similar sentido, respecto del régimen prestacional de los docentes nacionalizados, nacionales y aquellos que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, el Artículo 15 dispuso:

“Artículo 15º.- 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:

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 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, 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.”

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3 de este mismo Artículo consagró:

“3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, 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.”

De lo anterior se deduce que a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, y los docentes territoriales vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En punto al tema, en reiteradas decisiones, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que los docentes oficiales vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, sin importar si fueron vinculados a través de un ente territorial, o si fueron financiados o cofinanciados, se deben acoger al régimen prestacional establecido en la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su Artículo 81 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 la presente ley”*.

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido Fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003 estableció:

“Artículo 1º.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1º.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (Negrilla fuera de texto).

Parágrafo 2º.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5º. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.”

Ahora bien, en sentencia del 18 de enero de 2018¹, el Consejo de Estado consideró que quienes se vincularon como docentes con posterioridad al 1º de enero de 1990 cuentan con un régimen prestacional especial señalado en la Ley 91 de 1989 por lo que las cesantías a que tengan derecho

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Sentencia del 18 de enero de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 19001-33-31-000-2011-00305-01 (1733-2016). Demandante: Juvencio Chilito Chilito. Demandado: Departamento del Cauca.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

se liquidan de anualmente sin retroactividad.

3.2.2. Del régimen anualizado de cesantías dispuesto en la Ley 50 de 1990.

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», dio un paso adicional encaminado a ampliar la cobertura del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para la generalidad de los servidores públicos, al consagrar, en su Artículo 13, lo siguiente:

“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”.

La norma vigente a la fecha de expedición de la previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo Artículo 99 consagró:

“Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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”.

De igual manera, es necesario indicar que el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los Artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus Artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, la Ley 432 de 1998, en sus Artículos 5 y siguientes. Así lo determinó:

“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”.

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores².

² Es decir, el sistema de liquidación retroactiva, consagrado en Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Asimismo, es necesario indicar que el Decreto 1252 de 2000, «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública», estableció lo siguiente:

“Artículo 1º.- Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías. Parágrafo. Los fondos o entidades públicas, incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo”.

Del caso concreto

En el caso concreto, están probados los siguientes hechos:

- El demandante es docente y según se desprende de las pruebas obrantes en el proceso su vinculación es de carácter territorial (archivo 21 expediente digital).
- Obra extracto de los intereses de las cesantías consignados al demandante, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 2, págs. 65 y 66 expediente digital):

INTERESES PAGADOS						
Año	DTF	Cesantias	Acumulado	Intereses	Fecha	Estado
2004	8.13%	794,139	794,139	64,564	23/04/2005	PRESENTE PAGO
2005	7.19%	994,167	1,788,306	128,579	13/03/2006	PRESENTE PAGO
2006	6.56%	903,821	903,821	59,291	09/03/2007	PRESENTE PAGO
2006	6.56%	0	-56,390	-3,699	12/03/2016	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2007	8.26%	1,003,484	2,791,790	230,602	10/03/2008	PRESENTE PAGO
2007	8.26%	0	-940,875	-77,716	12/03/2016	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2008	10.04%	1,141,869	3,933,659	394,939	06/04/2009	PRESENTE PAGO
2008	10.04%	0	-940,875	-94,464	12/03/2016	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2009	6.24%	1,424,412	5,358,071	334,344	30/03/2010	PRESENTE PAGO
2009	6.24%	0	-940,875	-58,711	12/03/2016	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2010	3.88%	1,375,059	3,074,420	119,288	10/03/2011	PRESENTE PAGO
2010	3.88%	0	-940,875	-36,506	12/03/2016	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2011	4.61%	1,418,650	4,493,070	207,131	21/03/2012	PRESENTE PAGO
2011	4.61%	0	-940,875	-43,374	12/03/2016	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2012	5.85%	1,489,583	5,982,653	349,985	27/03/2013	PRESENTE PAGO
2012	5.85%	0	-940,875	-55,041	12/03/2016	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2013	4.44%	1,652,840	7,635,493	339,016	22/03/2014	PRESENTE PAGO
2013	4.44%	0	-940,875	-41,775	12/03/2016	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2014	4.46%	1,825,707	9,461,200	421,970	18/03/2015	PRESENTE PAGO
2014	4.46%	0	-940,875	-41,963	12/03/2016	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2015	5.13%	1,980,390	10,500,715	538,687	12/03/2016	PRESENTE PAGO
2016	7.52%	2,618,032	13,118,747	986,530	17/03/2017	PRESENTE PAGO
2017	6.37%	2,792,872	15,911,619	1,013,570	16/03/2018	PRESENTE PAGO
2018	5.05%	3,011,966	18,923,585	955,641	19/03/2019	PRESENTE PAGO
2019	4.98%	3,257,252	22,180,837	1,104,606	24/03/2020	PRESENTE PAGO
2020	3.64%	3,471,369	25,652,206	933,740	27/03/2021	PRESENTE PAGO

PAGOS REALIZADOS				
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto
200505120014531	2005-05-12	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	64564

PAGOS REALIZADOS				
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto
200603300038190	2006-03-30	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	128579
200703200037447	2007-03-20	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	59291
200803310064696	2008-03-31	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	230602
200904170075579	2009-04-17	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	394939
201004120090689	2010-04-12	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	334344
201103180073682	2011-03-18	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	119288
201205090095750	2012-05-09	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	207131
201304080001654	2013-04-08	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	349985
201403280001583	2014-03-28	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	339016
201503270001627	2015-03-27	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	421970
201603310001629	2016-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	85438
201703310001593	2017-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	986530
201803280001579	2018-03-28	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	1013570
201903290001554	2019-03-29	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	955641
202003310001516	2020-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	1104606
202103310001455	2021-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	933740

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Ahora, en este punto es del caso traer a colación lo señalado por la Subsección B del Consejo de Estado³ frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, así:

“Según lo previsto en el artículo 115 de la Ley 155 de 1994, los docentes oficiales se benefician del reconocimiento del auxilio de cesantías de acuerdo con los parámetros establecidos por el artículo 15 (numeral 3) de la Ley 91 de 1989, norma en la que se distinguen, por un lado, los docentes que son beneficiarios del régimen de cesantías retroactivas y, por otro, a quienes se les aplica el régimen de cesantías anualizadas con pago de intereses y sin retroactividad.

Quiere decir lo anterior, que los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1990 gozan del régimen de cesantías anualizadas, prestación que desde la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996⁴, debe liquidarse de acuerdo con lo previsto por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es decir, anualmente y consignarse en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de mora (...).”

Así mismo, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵ ha sostenido lo siguiente:

“En efecto, sobre ese particular, la Corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 sostuvo que el «hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política».

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando el «ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000». Y finalmente, concluyó:

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

Adicionalmente, cabe anotar que, como quedó visto, **una interpretación restrictiva de la aplicación de la sanción moratoria incurriría en un trato desigual de los docentes frente a otros trabajadores del Estado que gozan de la sanción como garantía de la prestación. Esta distinción viola el derecho a la igualdad toda vez que los docentes tendrían un derecho**

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 13 de noviembre de 2020, expediente 08001-23-33-000-2013-00394-01, número interno 5156-16, M.P. Cesar Palomino Cortés.

⁴ “**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 Organos 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.

<Inciso 30. INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2022, expediente 08001-23-33-000-2017-00795-01, número interno 2659-2020, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

limitado por tener una categoría específica dentro de los trabajadores estatales, lo cual no constituye un motivo válido en sí mismo para negar su acceso.

[...]

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

Sumado a lo anterior, el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que hipótesis como las que ahora se encuentran bajo estudio pueden desconocer el derecho a la igualdad.

[...]

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

Asimismo, en Sentencia SU-332 de 2019 esa corporación también concluyó que:

52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990⁶.

Nuevamente, en el año 2023, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷, frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, indicó:

“(…) Conforme a la normativa transcrita se tiene entonces que los docentes oficiales que se vincularon a partir del 1°. de enero de 1990 les es aplicable el régimen de cesantías anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990, que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social con pago de intereses, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de retardo”.

Del mismo modo, recientemente, el Consejo de Estado⁸, al resolver una solicitud de tutela contra providencia judicial, acogió el principio de favorabilidad y consideró que es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales; así lo indicó:

⁶ Este mismo criterio se mantiene en la Subsección A del Consejo de Estado. Ver sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 08001-23-33-000-2015-80070-01 (1549-2021), M.P. Carmelo Perdomo Cueter.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de marzo de 2023, expediente 11001-03-15-000-2023-01063-00, MP Juan Enrique Bedoya Escobar.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

“(…) Sin embargo, se resalta que la referida línea jurisprudencial fue modificada por vía de solicitud de tutela, al considerarse que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la prestación mencionada, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, para evitar incurrir en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso. (…)

En este orden de ideas, se evidencia que en materia de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías anualizadas en favor de los docentes, si bien no existe una sentencia de unificación proferida por el alto tribunal de lo contencioso administrativo, la corporación ha sentado una línea pacífica al respecto que permite acceder al amparo solicitado, en tanto se desconoció la actual postura decisonal en virtud de la cual a los docentes sí les aplican las disposiciones del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual resulta «más favorable respecto de los derechos laborales», máxime cuando el ámbito de aplicación de la referida sanción moratoria se extiende a todos los empleados públicos.

Ello teniendo en cuenta que, pese a que el Tribunal accionado explicó las razones por las cuales acogió la tesis que en principio tenían la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la materia, esto es, negar el reconocimiento de la sanción moratoria en favor de los docentes en los términos de la Ley 50 de 1990 por pertenecer a un régimen especial, esta Sala de Decisión extraña una motivación suficiente que permita entender por qué se apartó de la tesis vigente, máxime, cuando les resulta beneficiosa frente a la protección integral que merecen sus derechos labores.”

También, la Corte Constitucional ha considerado que los docentes tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 50 de 1990; así lo señaló en la Sentencia SU-041 de 2020:

“5.1.6. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional antes reseñada, es posible concluir que: (i) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías; (ii) el reconocimiento de esta prestación económica frente a los miembros del magisterio ha operado tanto en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, como por extensión del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a través de la Ley 344 de 1996, reglamentada por los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000; (iii) en todas las acciones de tutela reseñadas, los docentes habían interpuesto demandas -hoy medio de control- de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de actos administrativos que les negaban el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, razón por la cual las decisiones en sede constitucional ordenaron su revocatoria y la expedición de nuevos fallos, en términos perentorios, que sí reconocieran la indemnización(…)” (Subraya el despacho).

Así las cosas, este despacho acoge el anterior criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el sentido de que, conforme al principio de favorabilidad, le es aplicable a los docentes el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Ahora bien, no pasa por alto el despacho que mediante Sentencia SU-573 de 2019, la Corte Constitucional indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 no constituye un precedente al caso allí estudiado, por considerar que no se evidenciaba *prima facie* una amenaza de vulneración de los derechos fundamentales y por ausencia de identidad fáctica que pudiera aplicarse al caso concreto. Sin embargo, al declarar la improcedencia de la acción de tutela, no definió de manera concreta los criterios a tener en cuenta para que se configure el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los docentes afiliados al Fomag y estimó que la interpretación y unificación de la jurisprudencia le corresponde al máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Es decir, dejó en manos de esta jurisdicción la decisión de la aplicación del Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual hasta la fecha no se ha dado. En tal sentido, no se puede concluir que la Sentencia SU-573 de 2019 constituya un precedente aplicable al *sub examine*.

Antes de entrar a analizar como incurrió la mora en el caso en concreto, es pertinente traer a colación las reglas dispuestas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en relación con el

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

reconocimiento de cesantías y sanción moratoria prevista en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016⁹, en la que estableció lo siguiente:

- “1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.
- 2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.
- 3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.
- 4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.
- 5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.”

La citada decisión fue objeto de aclaración en providencia del 06 de agosto del 2020¹⁰, en relación con el momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción para reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías anualizadas, en el siguiente sentido:

- “i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.
- ii) En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción.”

Ahora bien, revisado el expediente se advierte que no existe prueba del reconocimiento de las cesantías, ya que únicamente fue allegada la certificación de pago de los intereses de las cesantías al demandante, respecto de los cuales vale la pena aclarar que dichos intereses son pagados directamente al trabajador.

En consecuencia, no es posible establecer si la entidad demandada ha cancelado o no las cesantías al demandante, por lo que se establecerá como fecha límite de la sanción moratoria por el no pago de cesantías hasta la fecha en que se haga efectiva la consignación de las mismas en el Fomag.

De acuerdo con lo expuesto, en el caso concreto se causó una sanción moratoria a favor del demandante desde el 15 de febrero de 2021, cuando la entidad empleadora incurrió en retardo por las cesantías del 2020¹¹, así:

Anualidad Cesantías	Fecha que la Ley 50/90 dispone para la consignación	Exigibilidad de la sanción	Fecha límite de la sanción por pago
2020	14/02/2021	15/02/2021	Hasta cuando se hubiere realizado el traslado de

⁹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero – Providencia del 25 de agosto de 2016 - Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16 - Actor: Yesenia Esther Hereira Castillo - Demandado: Municipio De Soledad.

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Sentencia de Unificación por Importancia Jurídica - Sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 – Providencia del 06 de agosto de 2020 – Expediente No. 08001-23-33-000-2013-00666-01 – No. Interno 0833-2016 – Demandante: María Lucely Taborda Cervantes – Demandado: Municipio de Sabanagrande (Atlántico)

¹¹ En la demanda únicamente se solicitó la mora por la no consignación de las cesantías del año 2020.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

			los recursos por concepto de cesantías al Fomag ¹² , condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma

Por otro lado, el demandante presentó la reclamación de la sanción moratoria en sede administrativa el 25 de agosto de 2021 (archivo 2, págs. 53 a 57 expediente digital), de modo que no se configuró la prescripción extintiva, según se expone a continuación:

Cesantías anualizadas	Exigibilidad de la sanción	Prescripción	Fecha de la reclamación
2020	15/02/2021	15/02/2024	25/08/2021

En consecuencia, como el demandante reclamó ante la administración el 25 de agosto de 2021, no se configuró la prescripción de la sanción moratoria por las cesantías de la anualidad de 2020, de modo que se condenará al Distrito Capital a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por el actor en el momento en que se produjo la mora.

Por otro lado, si bien en providencias anteriores se ordenó el ajuste del valor total generado por concepto de sanción moratoria según lo dispuesto en el Artículo 187 del CPACA, este despacho ajusta su posición y acoge el criterio adoptado por el Consejo de Estado¹³, en el sentido de determinar que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación, dada la naturaleza de dicha indemnización.

Respecto de los intereses a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que el mismo equivale a un interés anual sobre saldo de las cesantías a 31 de diciembre de cada año equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Por su parte, el Acuerdo 39 de 1998, *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG”*, dispone en su Artículo 4, lo siguiente:

“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.” (Subrayado fuera de texto).

En el proceso obra prueba que el pago de los intereses del demandante se efectuó el 27 de marzo de 2021 (pág. 70 “intereses pagados” archivo 2 expediente digital), es decir, en los términos de la Ley 91 de 1989 y del Acuerdo 39 de 1998.

¹² Ello, siguiendo la forma en que el Consejo de Estado determinó el periodo de mora -sentencia del 19 de enero de 2023, Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez-.

¹³ Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda CE- SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Adicional a lo anterior, se advierte que la Ley 52 de 1975¹⁴ es una norma que está dirigida al sector privado¹⁵ y que la liquidación de los intereses dispuesta en ella¹⁶ es diferente a la manera que prescribe la Ley 91 de 1989¹⁷, es decir que no se podría usar la forma de establecer los intereses de esta e imponer la sanción que prevé aquella sin crear una tercera norma no emitida por el legislador.

Así las cosas, no es procedente acceder a la sanción que contempla la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses que reclama la parte actora.

Finalmente, se advierte que no es procedente condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que “El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”, lo cual quiere decir que dicha sanción es impuesta al empleador que incumpla los términos señalados en la norma por la no consignación de las cesantías anuales, y no respecto del fondo de cesantías u otra entidad que intervenga en el trámite administrativo, por lo que se declarará probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que, conforme a lo dispuesto en la Ley, es el Distrito Capital- Secretaría de Educación como empleador, al encontrarse probado que el actor es un docente con vinculación territorial, la llamada a responder por la sanción mora.

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la ocurrencia del acto ficto presunto negativo derivado de la no respuesta a la petición elevada el 25 de agosto de 2021.

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD** del acto ficto o presunto negativo originado por el silencio del Distrito Capital- Secretaría de Educación, frente a la petición radicada el 25 de agosto de 2021, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR al DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, a pagar al señor **GUSTAVO CASTAÑEDA SILVA**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 4.266.200, a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por el demandante en el momento en que se produjo la mora, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- El **DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

¹⁴ Por la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares

¹⁵ Consejo de Estado, Providencia del 24 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-23-31-000-2002-00669-01(1827-04), CP ALBERTO ARANGO MANTILLA. – Consejo de Estado, providencia del 19 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-2331-000-2002-00713-01(1945-04), CP ANA MARGARITA OLAYA FORERO.

¹⁶ El artículo 1 de la Ley 75 de 1975 dispone respecto de los intereses que serán del 12% anual.

¹⁷ El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en relación con los intereses prescribe que será “...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.”

Expediente: 11001-3342-051-2022-00197-00
Demandante: GUSTAVO CASTAÑEDA SILVA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

QUINTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- DECLARAR probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo expuesto.

SÉPTIMO.- No se condena en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

OCTAVO.- Ejecutoriada esta providencia, **por secretaría**, y a costa de la parte actora, **EXPÍDASE** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente.

DÉCIMO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

DVP

GUSCASTI79@HOTMAIL.COM
notificacionescundinamarcalqab@gmail.com
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co
notjudicial@fiduprevisora.com.co
t_amolina@fiduprevisora.com.co
notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co
chepelin@hotmail.fr

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: 1dbdeab13409725b3661037851bc8c2a181f26ba1412f08a94a9ded8765805a8

Documento generado en 27/09/2023 08:35:16 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA No. 228	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00203-00
Demandante:	JUAN DIEGO TOSCANO HERNÁNDEZ
Demandado:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
Decisión:	Sentencia anticipada que accede parcialmente las pretensiones de la demanda
Tema:	Indemnización moratoria por el no pago oportuno de cesantías Ley 50 de 1990

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar **SENTENCIA ANTICIPADA** de **PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor **JUAN DIEGO TOSCANO HERNÁNDEZ**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.902.249, contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 5 a 62 archivo 2 expediente digital)

El demandante solicitó la nulidad del acto administrativo ficto frente a la petición presentada ante la Secretaría de Educación de Bogotá el 13 de septiembre de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 50 de 1990 y la indemnización por el pago tardío de los intereses de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se condene a la demandada a: i) reconocer y pagar la sanción por mora establecida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020; ii) reconocer y pagar 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 1176 de 1991; iii) reconocer y pagar 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, tomando como base la variación del IPC, de conformidad con el Artículo 187 del CPACA; iv) reconocer y pagar los intereses moratorios conforme al Artículo 193 del CPACA; v) dar cumplimiento al fallo dentro del término establecido en el Artículo 192 del CPACA; y vi) condenar en costas.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, la apoderada señaló lo siguiente:

Manifestó que el demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero de 2021. Agregó que dichos términos no fueron cumplidos por la entidad demandada.

El 13 de septiembre de 2021, el demandante 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 se resolvió de forma negativa debido al silencio administrativo.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, los actos administrativos acusados trasgreden las siguientes normas:

- Constitución Política Artículos 13 y 53.
- Ley 91 de 1989, Artículo 5 y 15.
- Ley 50 de 1990, Artículo 99.
- Ley 1955 de 2019, Artículo 57.
- Ley 52 de 1975, Artículo 1.
- Ley 344 de 1996, Artículo 13.
- Ley 432 de 1998, Artículo 5.
- Decreto Nacional 1176 de 1991, Artículo 3.
- Decreto Nacional 1582 de 1998, Artículos 1 y 2.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como concepto de violación, la apoderada sostuvo que, conforme a lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020 -CE-SUJ-SII-022-2020-, *“el nacimiento de la sanción por mora no está condicionado al reconocimiento de la cesantía, ocurriendo de pleno derecho por el incumplimiento del pago de parte del empleador dentro de los términos de ley”*.

Sostuvo que la finalidad de la Ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Corte Constitucional C-486 de 2016, SU-098 de 2018, SU-332 de 2019 y SU-041 de 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactiva a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar el 15 de febrero de cada anualidad.

Igualmente, hizo alusión a la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019, respecto de la cual resaltó que: *“los despachos judiciales accionados desconocieron que aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, y el Decreto 1252 de 2000, no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción, pues esta es la interpretación que más se ajusta a la Constitución”*.

Concluyó que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional se han pronunciado de manera unificada sobre la aplicabilidad del contenido del Artículo 99 de la ley 50 de 1990 a los docentes oficiales, habiendo encontrado que no existe ninguna razón para que, una vez vencido el 15 de febrero de cada anualidad, las cesantías de los maestros de régimen anualizado no sean consignadas al Fomag, pues el régimen de cesantías de los docentes y los demás servidores públicos del país es exacto; de hecho, el cambio de régimen retroactivo a régimen anualizado fue efectuado desde el 29 de diciembre de 1989 a los maestros, cuando el resto de servidores públicos del país fue realizado un año con posterioridad.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio No. 346 del 30 de junio de 2022 (archivo 5 expediente digital), se procedió a efectuar la notificación en debida forma conforme lo dispuesto en la referida providencia a la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Distrito Capital- Secretaría de Educación (archivo 7 expediente digital), quienes contestaron la demanda dentro de la oportunidad legal.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.5.1. Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 8 expediente digital).

La apoderada de este ente ministerial se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Expuso que el régimen de cesantías del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio es el descrito en la Ley 91 de 1989, cuyos intereses son más altos que los que se pagan al régimen general.

Sostuvo que en el Fomag no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la misma vigencia presupuestal se descuenta del presupuesto de las entidades territoriales una doceava parte del situado fiscal para reservar el valor del pasivo prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías, por lo que se trata de un “prepago de las cesantías” mas no de una consignación en la vigencia siguiente, lo que descarta la sanción mora.

Por lo anterior, señaló que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de liquidación, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el Fomag antes del 1º de febrero de cada vigencia siguiente.

Sobre los intereses a las cesantías, indicó que el Fomag programa su pago de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador.

Respecto 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, señaló que i) esa norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al Fomag; ii) aplicar a los docentes afiliados al Fomag la Ley 52 de 1975, se desmejorarían sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías” debido a que las condiciones dadas por el régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general; iii) lo pretendido por el demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad o conglobamiento, esto es, la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece; iv) los empleadores de los docentes afiliados al Fomag son las entidades territoriales, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de empleador; y v) las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.

Indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 proferida por la Corte Constitucional no aplica a la parte actora, pues en ese caso la docente no había sido afiliada al Fomag, lo que lo hace distinto a la presente demanda.

2.5.2. Distrital Capital-Secretaría de Educación (archivo 9 expediente digital)

El apoderado de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda. Como fundamentos de su defensa, señaló que, a diferencia de lo dispuesto para los fondos privados de cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del Fomag tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados.

Sostuvo que, ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al Fomag, esto se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”, por lo que, en lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de Ley.

Señaló que no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para el escenario del Fomag, ya que lo que sanciona la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías, y al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del Fomag, de contera se descarta algún tipo de sanción.

Por otro lado, adujo que de conformidad con lo establecido por la Ley 91 de 1989, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003, los docentes del servicio público educativo que estén vinculados

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG. Lo anterior significa que, por un lado, los docentes forzosamente deben ser afiliados al FOMAG y a través de ese Fondo obtener el pago de sus prestaciones sociales y, por otra parte, sus cesantías deben ser reconocidas y pagadas de acuerdo a los procedimientos y reglamentación establecida para tales efectos. Es decir, el ordenamiento jurídico no prevé que los docentes tengan la posibilidad de elegir otro esquema o figura de administración de sus cesantías, sino que por voluntad expresa del legislador deben someterse al régimen especial previsto para el Magisterio, el cual no ha sido retirado del mundo jurídico por parte de algún alto tribunal.

Finalmente, solicitó al despacho negar las pretensiones de la demanda.

2.6. PRUEBAS, FIJACIÓN DEL LITIGIO Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio del Auto Interlocutorio No. 449 del 31 de agosto de 2023 (archivo 31 expediente digital), el despacho tuvo como pruebas las aportadas al proceso, fijó el litigio y, en firme dichas decisiones, dispuso correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para presentar escrito de alegaciones finales.

Parte demandante (archivo 33 expediente digital): reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Así mismo, aportó providencias judiciales que resuelven sobre la sanción moratoria que aquí se debate.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

El problema jurídico se circunscribe a determinar si el demandante, JUAN DIEGO TOSCANO HERNÁNDEZ, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en Ley 50 de 1990 y la indemnización por el no pago de los intereses de las cesantías prevista en la Ley 52 de 1975, por el presunto retardo en la consignación de las cesantías anualizadas y los intereses de las mismas, comprendidas entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 2020 así como los ajustes legales a los valores adeudados e intereses correspondientes.

3.2. Del marco normativo

3.2.1. Del régimen de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero únicamente respecto del tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942. El Decreto 2767 de 1945 hizo extensivas las cesantías a los empleados y obreros al servicio de los departamentos y municipios.

A su vez, el Artículo 1º de la Ley 65 de 1946 dispuso que «Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.» En el párrafo de esta norma, se extendió este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios.

Al amparo de dichas disposiciones, el auxilio de cesantía de los servidores públicos a nivel territorial debía liquidarse con retroactividad, pagando un mes de salario por cada año de servicio, computando todo el tiempo laborado y teniendo en cuenta el último salario devengado, a menos que haya tenido modificaciones en los últimos tres meses.

De otra parte, la liquidación del auxilio de cesantías fue reglamentada a través del Artículo 6º del Decreto 1160 de 1947 que indicó que *“para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la*

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Hasta este momento, el ordenamiento jurídico no consagraba de manera específica para los docentes un régimen de liquidación de cesantías, razón por la cual dicho personal estaba sujeto a las normas prestacionales de los empleados públicos.

Con la expedición de la Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se determinó que dicha entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes.

En el Parágrafo del Artículo 2º de la Ley 91 advirtió cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la misma:

“Parágrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.”

En similar sentido, respecto del régimen prestacional de los docentes nacionalizados, nacionales y aquellos que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, el Artículo 15 dispuso:

“Artículo 15º.- 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:

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 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, 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.”

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3 de este mismo Artículo consagró:

“3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, 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.”

De lo anterior se deduce que a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, y los docentes territoriales vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En punto al tema, en reiteradas decisiones, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que los docentes oficiales vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, sin importar si fueron vinculados a través de un ente territorial, o si fueron financiados o cofinanciados, se deben acoger al régimen prestacional establecido en la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su Artículo 81 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 la presente ley”*.

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido Fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003 estableció:

“Artículo 1º.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1º.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (Negrilla fuera de texto).

Parágrafo 2º.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5º. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.”

Ahora bien, en sentencia del 18 de enero de 2018¹, el Consejo de Estado consideró que quienes se vincularon como docentes con posterioridad al 1º de enero de 1990 cuentan con un régimen prestacional especial señalado en la Ley 91 de 1989 por lo que las cesantías a que tengan derecho

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Sentencia del 18 de enero de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 19001-33-31-000-2011-00305-01 (1733-2016). Demandante: Juvencio Chilito Chilito. Demandado: Departamento del Cauca.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

se liquidan de anualmente sin retroactividad.

3.2.2. Del régimen anualizado de cesantías dispuesto en la Ley 50 de 1990.

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», dio un paso adicional encaminado a ampliar la cobertura del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para la generalidad de los servidores públicos, al consagrar, en su Artículo 13, lo siguiente:

“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”.

La norma vigente a la fecha de expedición de la previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo Artículo 99 consagró:

“Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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”.

De igual manera, es necesario indicar que el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los Artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus Artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, la Ley 432 de 1998, en sus Artículos 5 y siguientes. Así lo determinó:

“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”.

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores².

² Es decir, el sistema de liquidación retroactiva, consagrado en Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Asimismo, es necesario indicar que el Decreto 1252 de 2000, «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública», estableció lo siguiente:

“Artículo 1º.- Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías. Parágrafo. Los fondos o entidades públicas, incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo”.

Del caso concreto

En el caso concreto, están probados los siguientes hechos:

- El demandante es docente y según se desprende de las pruebas obrantes en el proceso su vinculación es de carácter territorial (archivo 23 expediente digital).
- Obra extracto de los intereses de las cesantías consignados al demandante, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 2, págs. 67 y 68 expediente digital):

INTERESES PAGADOS						
Año	DTF	Cesantías	Acumulado	Intereses	Fecha	Estado
2005	7.19%	356,909	356,909	25,662	12/03/2007	REPROGRAMACION
2006	6.56%	822,477	1,179,386	77,368	09/03/2007	PRESENTE PAGO
2007	8.26%	860,526	2,039,912	168,497	10/03/2008	PRESENTE PAGO
2008	10.04%	975,436	3,015,348	302,741	06/04/2009	PRESENTE PAGO
2009	6.24%	1,119,812	4,135,160	258,034	30/03/2010	PRESENTE PAGO
2010	3.88%	1,168,597	5,303,757	205,786	10/03/2011	PRESENTE PAGO
2011	4.61%	1,205,806	6,509,563	300,091	21/03/2012	PRESENTE PAGO
2012	5.85%	1,267,207	7,776,770	454,941	27/03/2013	PRESENTE PAGO
2013	4.44%	1,559,952	9,336,722	414,550	22/03/2014	PRESENTE PAGO
2014	4.46%	2,062,389	11,399,111	508,400	18/03/2015	PRESENTE PAGO
2015	5.13%	2,407,263	13,806,374	708,267	12/03/2016	PRESENTE PAGO
2016	7.52%	2,810,303	16,616,677	1,249,574	17/03/2017	PRESENTE PAGO
2017	6.37%	2,989,945	19,606,622	1,248,942	16/03/2018	PRESENTE PAGO
2018	5.05%	3,009,636	22,616,258	1,142,121	19/03/2019	PRESENTE PAGO
2019	4.98%	5,994,603	28,610,861	1,424,821	24/03/2020	PRESENTE PAGO
2020	3.64%	6,618,965	35,229,826	1,282,366	27/03/2021	PRESENTE PAGO

PAGOS REALIZADOS				
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto
200606270014245	2006-06-27	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	25662
200703200062207	2007-03-20	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	103030
200803310091195	2008-03-31	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	168497
200904170101698	2009-04-17	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	302741
201004120118730	2010-04-12	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	258034
201103180103239	2011-03-18	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	205786
201205090125358	2012-05-09	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	300091

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

PAGOS REALIZADOS				
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto
			BOGOTA	
201304080123889	2013-04-08	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	454941
201403280122396	2014-03-28	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	414550
201503270131872	2015-03-27	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	508400
201603310137256	2016-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	708267
201703310135246	2017-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	1249574
201803280136043	2018-03-28	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	1248942
201903290135917	2019-03-29	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	1142121
202003310133980	2020-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	1424821
202103310130754	2021-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	1282366

Ahora, en este punto es del caso traer a colación lo señalado por la Subsección B del Consejo de Estado³ frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, así:

“Según lo previsto en el artículo 115 de la Ley 155 de 1994, los docentes oficiales se benefician del reconocimiento del auxilio de cesantías de acuerdo con los parámetros establecidos por el artículo 15 (numeral 3) de la Ley 91 de 1989, norma en la que se distinguen, por un lado, los docentes que son beneficiarios del régimen de cesantías retroactivas y, por otro, a quienes se les aplica el régimen de cesantías anualizadas con pago de intereses y sin retroactividad.

Quiere decir lo anterior, que los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1990 gozan del régimen de cesantías anualizadas, prestación que desde la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996⁴, debe liquidarse de acuerdo con lo previsto por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es decir, anualmente y consignarse en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de mora (...).”

Así mismo, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵ ha sostenido lo siguiente:

“En efecto, sobre ese particular, la Corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 sostuvo que el «hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política».

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando el «ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000». Y finalmente, concluyó:

Realizada la anterior aclaración, esta Corporación considera que, en el régimen anualizado, aplicable al caso de los docentes vinculados después de 1990 y 1996, es lógico que se exija la afiliación y el pago oportuno del auxilio de cesantías, ya que **la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. Sin duda, este sistema solo puede ser equitativo si las personas pueden**

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 13 de noviembre de 2020, expediente 08001-23-33-000-2013-00394-01 , número interno 5156-16, M.P. Cesar Palomino Cortés.

⁴ “**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 Organos 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.

<Inciso 30. INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2022, expediente 08001-23-33-000-2017-00795-01 , número interno 2659-2020, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

contar con su pago de forma oportuna para poder disponer de la prestación en cualquiera de los eventos en que se permite, esto es, ante el desempleo, para financiar la educación propia, de compañeros permanentes, de los hijos o dependientes y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda”.

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

[...]

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

Sumado a lo anterior, **el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que hipótesis como las que ahora se encuentran bajo estudio pueden desconocer el derecho a la igualdad.**

[...]

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

Asimismo, en Sentencia SU-332 de 2019 esa corporación también concluyó que:

52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990”⁶.

Nuevamente, en el año 2023, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷, frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, indicó:

“(…) Conforme a la normativa transcrita se tiene entonces que los docentes oficiales que se vincularon a partir del 1°. de enero de 1990 les es aplicable el régimen de cesantías

⁶ Este mismo criterio se mantiene en la Subsección A del Consejo de Estado. Ver sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 08001-23-33-000-2015-80070-01 (1549-2021), M.P. Carmelo Perdomo Cueter.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990, que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social con pago de intereses, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de retardo”.

Del mismo modo, recientemente, el Consejo de Estado⁸, al resolver una solicitud de tutela contra providencia judicial, acogió el principio de favorabilidad y consideró que es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales; así lo indicó:

“(…) Sin embargo, se resalta que la referida línea jurisprudencial fue modificada por vía de solicitud de tutela, al considerarse que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la prestación mencionada, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, para evitar incurrir en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso. (…)

En este orden de ideas, se evidencia que en materia de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías anualizadas en favor de los docentes, si bien no existe una sentencia de unificación proferida por el alto tribunal de lo contencioso administrativo, la corporación ha sentado una línea pacífica al respecto que permite acceder al amparo solicitado, en tanto se desconoció la actual postura decisional en virtud de la cual a los docentes sí les aplican las disposiciones del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual resulta «más favorable respecto de los derechos laborales», máxime cuando el ámbito de aplicación de la referida sanción moratoria se extiende a todos los empleados públicos.

Ello teniendo en cuenta que, pese a que el Tribunal accionado explicó las razones por las cuales acogió la tesis que en principio tenían la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la materia, esto es, negar el reconocimiento de la sanción moratoria en favor de los docentes en los términos de la Ley 50 de 1990 por pertenecer a un régimen especial, esta Sala de Decisión extraña una motivación suficiente que permita entender por qué se apartó de la tesis vigente, máxime, cuando les resulta beneficiosa frente a la protección integral que merecen sus derechos labores.”

También, la Corte Constitucional ha considerado que los docentes tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 50 de 1990; así lo señaló en la Sentencia SU-041 de 2020:

“5.1.6. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional antes reseñada, es posible concluir que: (i) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías; (ii) el reconocimiento de esta prestación económica frente a los miembros del magisterio ha operado tanto en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, como por extensión del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a través de la Ley 344 de 1996, reglamentada por los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000; (iii) en todas las acciones de tutela reseñadas, los docentes habían interpuesto demandas -hoy medio de control- de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de actos administrativos que les negaban el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, razón por la cual las decisiones en sede constitucional ordenaron su revocatoria y la expedición de nuevos fallos, en términos perentorios, que sí reconocieran la indemnización(…)” (Subraya el despacho).

Así las cosas, este despacho acoge el anterior criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el sentido de que, conforme al principio de favorabilidad, le es aplicable a los docentes el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Ahora bien, no pasa por alto el despacho que mediante Sentencia SU-573 de 2019, la Corte Constitucional indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 no constituye un precedente al caso allí estudiado, por considerar que no se evidenciaba *prima facie* una amenaza de vulneración de

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de marzo de 2023, expediente 11001-03-15-000-2023-01063-00, MP Juan Enrique Bedoya Escobar.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

los derechos fundamentales y por ausencia de identidad fáctica que pudiera aplicarse al caso concreto. Sin embargo, al declarar la improcedencia de la acción de tutela, no definió de manera concreta los criterios a tener en cuenta para que se configure el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los docentes afiliados al Fomag y estimó que la interpretación y unificación de la jurisprudencia le corresponde al máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Es decir, dejó en manos de esta jurisdicción la decisión de la aplicación del Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual hasta la fecha no se ha dado. En tal sentido, no se puede concluir que la Sentencia SU-573 de 2019 constituya un precedente aplicable al *sub examine*.

Antes de entrar a analizar como incurrió la mora en el caso en concreto, es pertinente traer a colación las reglas dispuestas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en relación con el reconocimiento de cesantías y sanción moratoria prevista en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016⁹, en la que estableció lo siguiente:

“1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.

2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.

4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.

5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.”

La citada decisión fue objeto de aclaración en providencia del 06 de agosto del 2020¹⁰, en relación con el momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción para reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías anualizadas, en el siguiente sentido:

“i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.

ii) En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción.”

Ahora bien, revisado el expediente se advierte que no existe prueba del reconocimiento de las cesantías, ya que únicamente fue allegada la certificación de pago de los intereses de las cesantías al demandante, respecto de los cuales vale la pena aclarar que dichos intereses son pagados directamente al trabajador.

⁹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero – Providencia del 25 de agosto de 2016 - Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16 - Actor: Yesenia Esther Hereira Castillo - Demandado: Municipio De Soledad.

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Sentencia de Unificación por Importancia Jurídica - Sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 – Providencia del 06 de agosto de 2020 – Expediente No. 08001-23-33-000-2013-00666-01 – No. Interno 0833-2016 – Demandante: María Lucely Taborda Cervantes – Demandado: Municipio de Sabanagrande (Atlántico)

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En consecuencia, no es posible establecer si la entidad demandada ha cancelado o no las cesantías al demandante, por lo que se establecerá como fecha límite de la sanción moratoria por el no pago de cesantías hasta la fecha en que se haga efectiva la consignación de las mismas en el Fomag.

De acuerdo con lo expuesto, en el caso concreto se causó una sanción moratoria a favor del demandante desde el 15 de febrero de 2021, cuando la entidad empleadora incurrió en retardo por las cesantías del 2020¹¹, así:

Anualidad Cesantías	Fecha que la Ley 50/90 dispone para la consignación	Exigibilidad de la sanción	Fecha límite de la sanción por pago
2020	14/02/2021	15/02/2021	Hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag ¹² , condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma

Por otro lado, el demandante presentó la reclamación de la sanción moratoria en sede administrativa el 13 de septiembre de 2021 (archivo 2, págs. 54 a 58 expediente digital), de modo que no se configuró la prescripción extintiva, según se expone a continuación:

Cesantías anualizadas	Exigibilidad de la sanción	Prescripción	Fecha de la reclamación
2020	15/02/2021	15/02/2024	13/09/2021

En consecuencia, como el demandante reclamó ante la administración el 13 de septiembre de 2021, no se configuró la prescripción de la sanción moratoria por las cesantías de la anualidad de 2020, de modo que se condenará al Distrito Capital a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por el actor en el momento en que se produjo la mora.

Por otro lado, si bien en providencias anteriores se ordenó el ajuste del valor total generado por concepto de sanción moratoria según lo dispuesto en el Artículo 187 del CPACA, este despacho ajusta su posición y acoge el criterio adoptado por el Consejo de Estado¹³, en el sentido de determinar que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación, dada la naturaleza de dicha indemnización.

Respecto de los intereses a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que el mismo equivale a un interés anual sobre saldo de las cesantías a 31 de diciembre de cada año equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Por su parte, el Acuerdo 39 de 1998, “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG*”, dispone en su Artículo 4, lo siguiente:

¹¹ En la demanda únicamente se solicitó la mora por la no consignación de las cesantías del año 2020.

¹² Ello, siguiendo la forma en que el Consejo de Estado determinó el periodo de mora -sentencia del 19 de enero de 2023, Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez-.

¹³ Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda CE- SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

“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.” (Subrayado fuera de texto).

En el proceso obra prueba que el pago de los intereses del demandante se efectuó el 27 de marzo de 2021 (pág. 67 “intereses pagados” archivo 2 expediente digital), es decir, en los términos de la Ley 91 de 1989 y del Acuerdo 39 de 1998.

Adicional a lo anterior, se advierte que la Ley 52 de 1975¹⁴ es una norma que está dirigida al sector privado¹⁵ y que la liquidación de los intereses dispuesta en ella¹⁶ es diferente a la manera que prescribe la Ley 91 de 1989¹⁷, es decir que no se podría usar la forma de establecer los intereses de esta e imponer la sanción que prevé aquella sin crear una tercera norma no emitida por el legislador.

Así las cosas, no es procedente acceder a la sanción que contempla la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses que reclama la parte actora.

Finalmente, se advierte que no es procedente condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que “El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”, lo cual quiere decir que dicha sanción es impuesta al empleador que incumpla los términos señalados en la norma por la no consignación de las cesantías anuales, y no respecto del fondo de cesantías u otra entidad que intervenga en el trámite administrativo, por lo que se declarará probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que, conforme a lo dispuesto en la Ley, es el Distrito Capital- Secretaría de Educación como empleador, al encontrarse probado que el actor es un docente con vinculación territorial, la llamada a responder por la sanción mora.

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la ocurrencia del acto ficto presunto negativo derivado de la no respuesta a la petición elevada el 13 de septiembre de 2021.

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD** del acto ficto o presunto negativo originado por el silencio del Distrito Capital- Secretaría de Educación, frente a la petición radicada el 13 de septiembre de 2021, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR al DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, a

¹⁴ Por la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares

¹⁵ Consejo de Estado, Providencia del 24 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-23-31-000-2002-00669-01(1827-04), CP ALBERTO ARANGO MANTILLA. – Consejo de Estado, providencia del 19 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-2331-000-2002-00713-01(1945-04), CP ANA MARGARITA OLAYA FORERO.

¹⁶ El artículo 1 de la Ley 75 de 1975 dispone respecto de los intereses que serán del 12% anual.

¹⁷ El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en relación con los intereses prescribe que será “...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.”

Expediente: 11001-3342-051-2022-00203-00
Demandante: JUAN DIEGO TOSCANO HERNÁNDEZ
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

pagar al señor **JUAN DIEGO TOSCANO HERNÁNDEZ**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.902.249, a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por el demandante en el momento en que se produjo la mora, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- El **DISTRITO CAPITAL - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

QUINTO.- **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- DECLARAR probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo expuesto.

SÉPTIMO.- No se condena en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

OCTAVO.- Ejecutoriada esta providencia, **por secretaría**, y a costa de la parte actora, **EXPÍDASE** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente.

DÉCIMO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

DVP

juan.d.toscano@gmail.com
notificacionescundinamarcalqab@gmail.com
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co
notjudicial@fiduprevisora.com.co
t_amolina@fiduprevisora.com.co
notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co
chepelin@hotmail.fr
lasanabria@fiduprevisora.com.co

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo

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: **51eb8c0e929727178749f326b02f1049fd4efbf5a8d94ad02446366e524cf413**

Documento generado en 27/09/2023 08:35:18 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA No. 229	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00204-00
Demandante:	ALBA ROCÍO LA ROTTA SUÁREZ
Demandado:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
Decisión:	Sentencia anticipada que accede parcialmente las pretensiones de la demanda
Tema:	Indemnización moratoria por el no pago oportuno de cesantías-Ley 50 de 1990

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar **SENTENCIA ANTICIPADA** de **PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **ALBA ROCÍO LA ROTTA SUÁREZ**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 41.785.261, contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 2 a 44 archivo 2 expediente digital)

La demandante solicitó la nulidad del acto administrativo ficto frente a la petición presentada ante la Secretaría de Educación de Bogotá el 30 de julio de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 50 de 1990 y la indemnización por el pago tardío de los intereses de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se condene a la demandada a: i) reconocer y pagar la sanción por mora establecida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020; ii) reconocer y pagar 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 1176 de 1991; iii) reconocer y pagar 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, tomando como base la variación del IPC, de conformidad con el Artículo 187 del CPACA; iv) reconocer y pagar los intereses moratorios conforme al Artículo 193 del CPACA; v) dar cumplimiento al fallo dentro del término establecido en el Artículo 192 del CPACA; y vi) condenar en costas.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, la apoderada señaló lo siguiente:

Manifestó que la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero de 2021. Agregó que dichos términos no fueron cumplidos por la entidad demandada.

El 30 de julio de 2021, la demandante 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 se resolvió de forma negativa debido al silencio administrativo.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, los actos administrativos acusados trasgreden las siguientes normas:

- Constitución Política Artículos 13 y 53.
- Ley 91 de 1989, Artículo 5 y 15.
- Ley 50 de 1990, Artículo 99.
- Ley 1955 de 2019, Artículo 57.
- Ley 52 de 1975, Artículo 1.
- Ley 344 de 1996, Artículo 13.
- Ley 432 de 1998, Artículo 5.
- Decreto Nacional 1176 de 1991, Artículo 3.
- Decreto Nacional 1582 de 1998, Artículos 1 y 2.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como concepto de violación, la apoderada sostuvo que, conforme a lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020 -CE-SUJ-SII-022-2020-, *“el nacimiento de la sanción por mora no está condicionado al reconocimiento de la cesantía, ocurriendo de pleno derecho por el incumplimiento del pago de parte del empleador dentro de los términos de ley”*.

Sostuvo que la finalidad de la Ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Corte Constitucional C-486 de 2016, SU-098 de 2018, SU-332 de 2019 y SU-041 de 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactiva a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar el 15 de febrero de cada anualidad.

Igualmente, hizo alusión a la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019, respecto de la cual resaltó que: *“los despachos judiciales accionados desconocieron que aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, y el Decreto 1252 de 2000, no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción, pues esta es la interpretación que más se ajusta a la Constitución”*.

Concluyó que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional se han pronunciado de manera unificada sobre la aplicabilidad del contenido del Artículo 99 de la ley 50 de 1990 a los docentes oficiales, habiendo encontrado que no existe ninguna razón para que, una vez vencido el 15 de febrero de cada anualidad, las cesantías de los maestros de régimen anualizado no sean consignadas al Fomag, pues el régimen de cesantías de los docentes y los demás servidores públicos del país es exacto; de hecho, el cambio de régimen retroactivo a régimen anualizado fue efectuado desde el 29 de diciembre de 1989 a los maestros, cuando el resto de servidores públicos del país fue realizado un año con posterioridad.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio No. 357 del 14 de julio de 2022 (archivo 5 expediente digital), se procedió a efectuar la notificación en debida forma conforme lo dispuesto en la referida providencia a la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Distrito Capital- Secretaría de Educación (archivo 7 expediente digital), quienes contestaron la demanda dentro de la oportunidad legal.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.5.1. Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 8 expediente digital).

La apoderada de este ente ministerial se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Expuso que el régimen de cesantías del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio es el descrito en la Ley 91 de 1989, cuyos intereses son más altos que los que se pagan al régimen general.

Sostuvo que en el Fomag no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la misma vigencia presupuestal se descuenta del presupuesto de las entidades territoriales una doceava parte del situado fiscal para reservar el valor del pasivo prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías, por lo que se trata de un “prepago de las cesantías” mas no de una consignación en la vigencia siguiente, lo que descarta la sanción mora.

Por lo anterior, señaló que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de liquidación, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el Fomag antes del 1º de febrero de cada vigencia siguiente.

Sobre los intereses a las cesantías, indicó que el Fomag programa su pago de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador.

Respecto 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, señaló que i) esa norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al Fomag; ii) aplicar a los docentes afiliados al Fomag la Ley 52 de 1975, se desmejorarían sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías” debido a que las condiciones dadas por el régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general; iii) lo pretendido por el demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad o conglobamiento, esto es, la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece; iv) los empleadores de los docentes afiliados al Fomag son las entidades territoriales, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de empleador; y v) las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.

Indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 proferida por la Corte Constitucional no aplica a la parte actora, pues en ese caso la docente no había sido afiliada al Fomag, lo que lo hace distinto a la presente demanda.

2.5.2. Distrital Capital-Secretaría de Educación (archivo 9 expediente digital)

El apoderado de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda. Como fundamentos de su defensa, señaló que, a diferencia de lo dispuesto para los fondos privados de cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del Fomag tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados.

Sostuvo que, ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al Fomag, esto se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”, por lo que, en lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de Ley.

Señaló que no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para el escenario del Fomag, ya que lo que sanciona la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías, y al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del Fomag, de contera se descarta algún tipo de sanción.

Por otro lado, adujo que de conformidad con lo establecido por la Ley 91 de 1989, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003, los docentes del servicio público educativo que estén vinculados

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG. Lo anterior significa que, por un lado, los docentes forzosamente deben ser afiliados al FOMAG y a través de ese Fondo obtener el pago de sus prestaciones sociales y, por otra parte, sus cesantías deben ser reconocidas y pagadas de acuerdo a los procedimientos y reglamentación establecida para tales efectos. Es decir, el ordenamiento jurídico no prevé que los docentes tengan la posibilidad de elegir otro esquema o figura de administración de sus cesantías, sino que por voluntad expresa del legislador deben someterse al régimen especial previsto para el Magisterio, el cual no ha sido retirado del mundo jurídico por parte de algún alto tribunal.

Finalmente, solicitó al despacho negar las pretensiones de la demanda.

2.6. PRUEBAS, FIJACIÓN DEL LITIGIO Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio del Auto Interlocutorio No. 450 del 31 de agosto de 2023 (archivo 34 expediente digital), el despacho tuvo como pruebas las aportadas al proceso, fijó el litigio y, en firme dichas decisiones, dispuso correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para presentar escrito de alegaciones finales¹.

Parte demandante (archivo 36 expediente digital): reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Así mismo, aportó providencias judiciales que resuelven sobre la sanción moratoria que aquí se debate.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

El problema jurídico se circunscribe a determinar si la demandante, ALBA ROCÍO LA ROTTA SUÁREZ, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en Ley 50 de 1990 y la indemnización por el no pago de los intereses de las cesantías prevista en la Ley 52 de 1975, por el presunto retardo en la consignación de las cesantías anualizadas y los intereses de las mismas, comprendidas entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 2020 así como los ajustes legales a los valores adeudados e intereses correspondientes.

3.2. Del marco normativo

3.2.1. Del régimen de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero únicamente respecto del tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942. El Decreto 2767 de 1945 hizo extensivas las cesantías a los empleados y obreros al servicio de los departamentos y municipios.

A su vez, el Artículo 1º de la Ley 65 de 1946 dispuso que «Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.» En el párrafo de esta norma, se extendió este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios.

Al amparo de dichas disposiciones, el auxilio de cesantía de los servidores públicos a nivel territorial debía liquidarse con retroactividad, pagando un mes de salario por cada año de servicio, computando todo el tiempo laborado y teniendo en cuenta el último salario devengado, a menos que haya tenido modificaciones en los últimos tres meses.

De otra parte, la liquidación del auxilio de cesantías fue reglamentada a través del Artículo 6º

¹ La Fiduprevisora S.A. presentó alegatos de conclusión (archivo 31 expediente digital), solicitando su desvinculación; sin embargo, estos no se tendrán en cuenta en el proceso puesto que esa entidad no fue vinculada, como demandada, a las diligencias en ninguna etapa procesal.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

del Decreto 1160 de 1947 que indicó que *“para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”*

Hasta este momento, el ordenamiento jurídico no consagraba de manera específica para los docentes un régimen de liquidación de cesantías, razón por la cual dicho personal estaba sujeto a las normas prestacionales de los empleados públicos.

Con la expedición de la Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se determinó que dicha entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes.

En el Parágrafo del Artículo 2º de la Ley 91 advirtió cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la misma:

“Parágrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.”

En similar sentido, respecto del régimen prestacional de los docentes nacionalizados, nacionales y aquellos que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, el Artículo 15 dispuso:

“Artículo 15º.- 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:

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 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, 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.”

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3 de este mismo Artículo consagró:

“3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, 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.”

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De lo anterior se deduce que a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, y los docentes territoriales vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

En punto al tema, en reiteradas decisiones, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que los docentes oficiales vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, sin importar si fueron vinculados a través de un ente territorial, o si fueron financiados o cofinanciados, se deben acoger al régimen prestacional establecido en la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su Artículo 81 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 la presente ley”*.

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido Fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003 estableció:

“Artículo 1º.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1º.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (Negrilla fuera de texto).

Parágrafo 2º.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5º. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.”

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Ahora bien, en sentencia del 18 de enero de 2018², el Consejo de Estado consideró que quienes se vincularon como docentes con posterioridad al 1º de enero de 1990 cuentan con un régimen prestacional especial señalado en la Ley 91 de 1989 por lo que las cesantías a que tengan derecho se liquidan de anualmente sin retroactividad.

3.2.2. Del régimen anualizado de cesantías dispuesto en la Ley 50 de 1990.

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», dio un paso adicional encaminado a ampliar la cobertura del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para la generalidad de los servidores públicos, al consagrar, en su Artículo 13, lo siguiente:

“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”.

La norma vigente a la fecha de expedición de la previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo Artículo 99 consagró:

“Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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”.

De igual manera, es necesario indicar que el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los Artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus Artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, la Ley 432 de 1998, en sus Artículos 5 y siguientes. Así lo determinó:

“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”.

² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Sentencia del 18 de enero de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 19001-33-31-000-2011-00305-01 (1733-2016). Demandante: Juvencio Chilito Chilito. Demandado: Departamento del Cauca.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores³.

Asimismo, es necesario indicar que el Decreto 1252 de 2000, «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública», estableció lo siguiente:

“Artículo 1º.- Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías. Parágrafo. Los fondos o entidades públicas, incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo”.

Del caso concreto

En el caso concreto, están probados los siguientes hechos:

- La demandante es docente y según se desprende de las pruebas obrantes en el proceso su vinculación es de carácter territorial (archivo 30 expediente digital).
- Obra extracto de los intereses de las cesantías consignados a la demandante, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 2, págs. 55 a 57 expediente digital):

INTERESES PAGADOS						
Año	DTF	Cesantías	Acumulado	Intereses	Fecha	Estado
1993	0%	151,339	0	0		VALOR REPORTADO PARA ACUMULADO
1994	0%	208,455	0	0		VALOR REPORTADO PARA ACUMULADO
1995	0%	265,729	0	0		VALOR REPORTADO PARA ACUMULADO
1996	27.99%	331,404	956,927	267,844	02/03/1997	PRESENTE PAGO
1997	24.37%	401,607	1,358,534	331,075	29/03/1998	REPROGRAMACION POR ADICIONAL REALIZADO
1998	34.57%	671,235	2,029,769	701,691	12/03/1999	PRESENTE PAGO
1999	16.2%	771,896	2,801,665	453,870	11/03/2000	PRESENTE PAGO
2000	13.67%	819,304	3,620,969	494,986	07/05/2001	PRESENTE PAGO
2001	12.89%	947,807	4,568,776	588,915	05/03/2002	PRESENTE PAGO
2002	9.07%	994,905	5,563,681	504,626	05/03/2003	PRESENTE PAGO
2003	8.07%	1,054,988	6,618,669	534,127	05/03/2004	PRESENTE PAGO
2004	8.13%	142,237	142,237	11,564	11/03/2008	REPROGRAMACION
2004	8.13%	1,110,684	7,729,353	628,396	12/03/2005	PRESENTE PAGO
2005	7.19%	1,337,434	9,066,787	651,902	13/03/2006	PRESENTE PAGO
2005	7.19%	112,571	254,808	18,321	11/03/2008	REPROGRAMACION
2006	6.56%	1,406,669	10,473,456	687,059	09/03/2007	PRESENTE PAGO
2006	6.56%	0	254,808	16,715	11/03/2008	REPROGRAMACION
2007	8.26%	1,468,068	12,196,332	1,007,417	10/03/2008	PRESENTE PAGO
2008	10.04%	1,551,592	13,747,924	1,380,292	06/04/2009	PRESENTE PAGO
2009	6.24%	1,987,233	15,735,157	981,874	30/03/2010	PRESENTE PAGO
2010	3.88%	2,026,975	17,762,132	689,171	10/03/2011	PRESENTE PAGO
2011	4.61%	2,091,226	19,853,358	915,240	21/03/2012	PRESENTE PAGO
2012	5.85%	2,195,780	22,049,138	1,289,875	27/03/2013	PRESENTE PAGO
2013	4.44%	2,508,555	24,557,693	1,090,362	22/03/2014	PRESENTE PAGO
2014	4.46%	3,034,299	27,591,992	1,230,603	18/03/2015	PRESENTE PAGO
2015	5.13%	3,403,656	30,995,648	1,590,077	12/03/2016	PRESENTE PAGO
2016	7.52%	3,741,465	34,737,113	2,612,231	17/03/2017	PRESENTE PAGO
2017	6.37%	4,073,879	38,810,992	2,472,260	15/03/2018	PRESENTE PAGO
2018	5.05%	4,427,874	43,238,866	2,183,563	19/03/2019	PRESENTE PAGO
2019	4.98%	4,788,452	48,027,318	2,391,760	24/03/2020	PRESENTE PAGO
2020	3.64%	5,103,213	53,130,531	1,933,951	27/03/2021	PRESENTE PAGO

³ Es decir, el sistema de liquidación retroactiva, consagrado en Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

PAGOS REALIZADOS				
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto
200003300030571	2000-03-30	BBVA COLOMBIA	MULTIFERIA VEINTE DE JULIO	453870
200105300012663	2001-05-30	DAVIVIENDA (BANCAFE)	SANTA ISABEL	494986
200203260013322	2002-03-26	DAVIVIENDA (BANCAFE)	SANTA ISABEL	588915
200303280042986	2003-03-28	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	504626
200403260040330	2004-03-26	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	534127
200503310045898	2005-03-31	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	628396
200603300049159	2006-03-30	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	651902
200703200049197	2007-03-20	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	687059
200710310012747	2007-10-31	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	46600
200803310076636	2008-03-31	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	1054017
200904170086972	2009-04-17	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	1380292
201004120102585	2010-04-12	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	981874
201103180085042	2011-03-18	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	689171
201205090106845	2012-05-09	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	915240
201304080072687	2013-04-08	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	1289875
201403280071299	2014-03-28	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	1090362
201503270074959	2015-03-27	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	1230603
201603310076487	2016-03-31	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	1590077
201703310074527	2017-03-31	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	2612231
201803280074555	2018-03-28	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	2472260
201903290073998	2019-03-29	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	2183563
202003310072338	2020-03-31	BANCO COLPATRIA	BANCO COLPATRIA SUCURSAL ABIERTA	2391760
202103310070667	2021-03-31	BANCO COLPATRIA	BANCO COLPATRIA SUCURSAL ABIERTA	1933951

Ahora, en este punto es del caso traer a colación lo señalado por la Subsección B del Consejo de Estado⁴ frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, así:

“Según lo previsto en el artículo 115 de la Ley 155 de 1994, los docentes oficiales se benefician del reconocimiento del auxilio de cesantías de acuerdo con los parámetros establecidos por el artículo 15 (numeral 3) de la Ley 91 de 1989, norma en la que se distinguen, por un lado, los docentes que son beneficiarios del régimen de cesantías retroactivas y, por otro, a quienes se les aplica el régimen de cesantías anualizadas con pago de intereses y sin retroactividad.

Quiere decir lo anterior, que los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1990 gozan del régimen de cesantías anualizadas, prestación que desde la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996⁵, debe liquidarse de acuerdo con lo previsto por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es decir, anualmente y consignarse en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de mora (...).”.

Así mismo, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁶ ha sostenido lo siguiente:

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 13 de noviembre de 2020, expediente 08001-23-33-000-2013-00394-01 , número interno 5156-16, M.P. Cesar Palomino Cortés.

⁵ “**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 Organos 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.

<Inciso 30. INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

⁶ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2022, expediente 08001-23-33-000-2017-00795-01 , número interno 2659-2020, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

“En efecto, sobre ese particular, la Corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 sostuvo que el «hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política».

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando el «ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000». Y finalmente, concluyó:

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

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

[...]

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

Sumado a lo anterior, **el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.** Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que hipótesis como las que ahora se encuentran bajo estudio pueden desconocer el derecho a la igualdad.

[...]

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

Asimismo, en Sentencia SU-332 de 2019 esa corporación también concluyó que:

52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990⁷.

Nuevamente, en el año 2023, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁸, frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, indicó:

“(…) Conforme a la normativa transcrita se tiene entonces que los docentes oficiales que se vincularon a partir del 1º. de enero de 1990 les es aplicable el régimen de cesantías anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990, que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social con pago de intereses, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de retardo”.

Del mismo modo, recientemente, el Consejo de Estado⁹, al resolver una solicitud de tutela contra providencia judicial, acogió el principio de favorabilidad y consideró que es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales; así lo indicó:

“(…) Sin embargo, se resalta que la referida línea jurisprudencial fue modificada por vía de solicitud de tutela, al considerarse que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la prestación mencionada, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, para evitar incurrir en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso. (...)”

En este orden de ideas, se evidencia que en materia de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías anualizadas en favor de los docentes, si bien no existe una sentencia de unificación proferida por el alto tribunal de lo contencioso administrativo, la corporación ha sentado una línea pacífica al respecto que permite acceder al amparo solicitado, en tanto se desconoció la actual postura decisional en virtud de la cual a los docentes sí les aplican las disposiciones del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual resulta «más favorable respecto de los derechos laborales», máxime cuando el ámbito de aplicación de la referida sanción moratoria se extiende a todos los empleados públicos.

Ello teniendo en cuenta que, pese a que el Tribunal accionado explicó las razones por las cuales acogió la tesis que en principio tenían la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la materia, esto es, negar el reconocimiento de la sanción moratoria en favor de los docentes en los términos de la Ley 50 de 1990 por pertenecer a un régimen especial, esta Sala de Decisión extraña una motivación suficiente que permita entender por qué se apartó de la tesis vigente, máxime, cuando les resulta beneficiosa frente a la protección integral que merecen sus derechos labores.”

También, la Corte Constitucional ha considerado que los docentes tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 50 de 1990; así lo señaló en la Sentencia SU-041 de 2020:

“5.1.6. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional antes reseñada, es posible concluir que: (i) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al

⁷ Este mismo criterio se mantiene en la Subsección A del Consejo de Estado. Ver sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 08001-23-33-000-2015-80070-01 (1549-2021), M.P. Carmelo Perdomo Cueter.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de marzo de 2023, expediente 11001-03-15-000-2023-01063-00, MP Juan Enrique Bedoya Escobar.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías; (ii) el reconocimiento de esta prestación económica frente a los miembros del magisterio ha operado tanto en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, como por extensión del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a través de la Ley 344 de 1996, reglamentada por los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000; (iii) en todas las acciones de tutela reseñadas, los docentes habían interpuesto demandas -hoy medio de control- de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de actos administrativos que les negaban el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, razón por la cual las decisiones en sede constitucional ordenaron su revocatoria y la expedición de nuevos fallos, en términos perentorios, que sí reconocieran la indemnización(...)” (Subraya el despacho).

Así las cosas, este despacho acoge el anterior criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el sentido de que, conforme al principio de favorabilidad, le es aplicable a los docentes el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Ahora bien, no pasa por alto el despacho que mediante Sentencia SU-573 de 2019, la Corte Constitucional indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 no constituye un precedente al caso allí estudiado, por considerar que no se evidenciaba *prima facie* una amenaza de vulneración de los derechos fundamentales y por ausencia de identidad fáctica que pudiera aplicarse al caso concreto. Sin embargo, al declarar la improcedencia de la acción de tutela, no definió de manera concreta los criterios a tener en cuenta para que se configure el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los docentes afiliados al Fomag y estimó que la interpretación y unificación de la jurisprudencia le corresponde al máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Es decir, dejó en manos de esta jurisdicción la decisión de la aplicación del Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual hasta la fecha no se ha dado. En tal sentido, no se puede concluir que la Sentencia SU-573 de 2019 constituya un precedente aplicable al *sub examine*.

Antes de entrar a analizar como incurrió la mora en el caso en concreto, es pertinente traer a colación las reglas dispuestas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en relación con el reconocimiento de cesantías y sanción moratoria prevista en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016¹⁰, en la que estableció lo siguiente:

- “1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.
- 2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.
- 3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.
- 4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.
- 5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.”

La citada decisión fue objeto de aclaración en providencia del 06 de agosto del 2020¹¹, en relación con el momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción para

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero – Providencia del 25 de agosto de 2016 - Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16 - Actor: Yesenia Esther Hereira Castillo - Demandado: Municipio De Soledad.

¹¹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Sentencia de Unificación por Importancia Jurídica - Sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 – Providencia del 06 de agosto de 2020 – Expediente No. 08001-23-33-000-2013-00666-01 – No. Interno 0833-2016 – Demandante: María Lucely Taborda Cervantes – Demandado: Municipio de Sabanagrande (Atlántico)

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías anualizadas, en el siguiente sentido:

- i)

El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.
- ii)

En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción.”

Ahora bien, revisado el expediente se advierte que no existe prueba del reconocimiento de las cesantías, ya que únicamente fue allegada la certificación de pago de los intereses de las cesantías a la demandante, respecto de los cuales vale la pena aclarar que dichos intereses son pagados directamente al trabajador.

En consecuencia, no es posible establecer si la entidad demandada ha cancelado o no las cesantías a la demandante, por lo que se establecerá como fecha límite de la sanción moratoria por el no pago de cesantías hasta la fecha en que se haga efectiva la consignación de las mismas en el Fomag.

De acuerdo con lo expuesto, en el caso concreto se causó una sanción moratoria a favor de la demandante desde el 15 de febrero de 2021, cuando la entidad empleadora incurrió en retardo por las cesantías del 2020¹², así:

Anualidad Cesantías	Fecha que la Ley 50/90 dispone para la consignación	Exigibilidad de la sanción	Fecha límite de la sanción por pago
2020	14/02/2021	15/02/2021	Hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag ¹³ , condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma

Por otro lado, la demandante presentó la reclamación de la sanción moratoria en sede administrativa el 30 de julio de 2023 (archivo 2, págs. 58 a 60 expediente digital), de modo que no se configuró la prescripción extintiva, según se expone a continuación:

Cesantías anualizadas	Exigibilidad de la sanción	Prescripción	Fecha de la reclamación
2020	15/02/2021	15/02/2024	30/07/2021

En consecuencia, como la demandante reclamó ante la administración el 30 de julio de 2021, no se configuró la prescripción de la sanción moratoria por las cesantías de la anualidad de 2020, de modo que se condenará al Distrito Capital a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma,

¹² En la demanda únicamente se solicitó la mora por la no consignación de las cesantías del año 2020.

¹³ Ello, siguiendo la forma en que el Consejo de Estado determinó el periodo de mora -sentencia del 19 de enero de 2023, Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez-.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

liquidable con base en la asignación básica devengada por la actora en el momento en que se produjo la mora.

Por otro lado, si bien en providencias anteriores se ordenó el ajuste del valor total generado por concepto de sanción moratoria según lo dispuesto en el Artículo 187 del CPACA, este despacho ajusta su posición y acoge el criterio adoptado por el Consejo de Estado¹⁴, en el sentido de determinar que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación, dada la naturaleza de dicha indemnización.

Respecto de los intereses a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que el mismo equivale a un interés anual sobre saldo de las cesantías a 31 de diciembre de cada año equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Por su parte, el Acuerdo 39 de 1998, *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG”*, dispone en su Artículo 4, lo siguiente:

“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.” (Subrayado fuera de texto).

En el proceso obra prueba que el pago de los intereses de la demandante se efectuó el 27 de marzo de 2021 (pág. 55 “intereses pagados” archivo 2 expediente digital), es decir, en los términos de la Ley 91 de 1989 y del Acuerdo 39 de 1998.

Adicional a lo anterior, se advierte que la Ley 52 de 1975¹⁵ es una norma que está dirigida al sector privado¹⁶ y que la liquidación de los intereses dispuesta en ella¹⁷ es diferente a la manera que prescribe la Ley 91 de 1989¹⁸, es decir que no se podría usar la forma de establecer los intereses de esta e imponer la sanción que prevé aquella sin crear una tercera norma no emitida por el legislador.

Así las cosas, no es procedente acceder a la sanción que contempla la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses que reclama la parte actora.

Finalmente, se advierte que no es procedente condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que “El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”, lo cual quiere decir que dicha sanción es impuesta al empleador que incumpla los términos señalados en la norma por la no consignación de las cesantías anuales, y no respecto del fondo de cesantías u otra entidad que intervenga en el trámite administrativo, por lo que se declarará probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que, conforme a lo dispuesto en la Ley, es el Distrito Capital- Secretaría de Educación como empleador, al encontrarse probado que la actora es una docente con vinculación territorial, la llamada a responder por la sanción mora.

¹⁴ Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda CE- SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018.

¹⁵ Por la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares

¹⁶ Consejo de Estado, Providencia del 24 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-23-31-000-2002-00669-01(1827-04), CP ALBERTO ARANGO MANTILLA. – Consejo de Estado, providencia del 19 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-2331-000-2002-00713-01(1945-04), CP ANA MARGARITA OLAYA FORERO.

¹⁷ El artículo 1 de la Ley 75 de 1975 dispone respecto de los intereses que serán del 12% anual.

¹⁸ El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en relación con los intereses prescribe que será “...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.”

Expediente: 11001-3342-051-2022-00204-00
Demandante: ALBA ROCÍO LA ROTTA SUÁREZ
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la ocurrencia del acto ficto presunto negativo derivado de la no respuesta a la petición elevada el 30 de julio de 2021.

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD** del acto ficto o presunto negativo originado por el silencio del Distrito Capital- Secretaría de Educación, frente a la petición radicada el 30 de julio de 2021, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR al DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, a pagar la señora **ALBA ROCÍO LA ROTTA SUÁREZ**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 41.785.261, a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la demandante en el momento en que se produjo la mora, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- El **DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

QUINTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- DECLARAR probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo expuesto.

SÉPTIMO.- No se condena en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

OCTAVO.- Ejecutoriada esta providencia, **por secretaría**, y a costa de la parte actora, **EXPÍDASE** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente.

DÉCIMO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

DVP

Expediente: 11001-3342-051-2022-00204-00
Demandante: ALBA ROCÍO LA ROTTA SUÁREZ
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

cundinamarcaplqab@gmail.com
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co
notjudicial@fiduprevisora.com.co
t_amolina@fiduprevisora.com.co
notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co
chepelin@hotmail.fr

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: 0931fba7bb5a7633b67b581e4b842a69ab9f1ce7297bc9b999547ca782a47c7e
Documento generado en 27/09/2023 08:35:19 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA No. 230	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00205-00
Demandante:	ERNEY BELTRÁN CAMELO
Demandado:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
Decisión:	Sentencia anticipada que accede parcialmente las pretensiones de la demanda
Tema:	Indemnización moratoria por el no pago oportuno de cesantías-Ley 50 de 1990

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar **SENTENCIA ANTICIPADA** de **PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor **ERNEY BELTRÁN CAMELO**, identificado con C.C. 79.970.155, contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 2 a 44 archivo 2 expediente digital)

El demandante solicitó la nulidad del acto administrativo ficto frente a la petición presentada ante la Secretaría de Educación de Bogotá el 30 julio de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 50 de 1990 y la indemnización por el pago tardío de los intereses de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se condene a la demandada a: i) reconocer y pagar la sanción por mora establecida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020; ii) reconocer y pagar 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 1176 de 1991; iii) reconocer y pagar 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, tomando como base la variación del IPC, de conformidad con el Artículo 187 del CPACA; iv) reconocer y pagar los intereses moratorios conforme al Artículo 193 del CPACA; v) dar cumplimiento al fallo dentro del término establecido en el Artículo 192 del CPACA; y vi) condenar en costas.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, la apoderada señaló lo siguiente:

Manifestó que el demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero de 2021. Agregó que dichos términos no fueron cumplidos por la entidad demandada.

El 30 de julio de 2021, el demandante 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 se resolvió de forma negativa como consecuencia del silencio administrativo.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, los actos administrativos acusados trasgreden las siguientes normas:

- Constitución Política Artículos 13 y 53.
- Ley 91 de 1989, Artículo 5 y 15.
- Ley 50 de 1990, Artículo 99.
- Ley 1955 de 2019, Artículo 57.
- Ley 52 de 1975, Artículo 1.
- Ley 344 de 1996, Artículo 13.
- Ley 432 de 1998, Artículo 5.
- Decreto Nacional 1176 de 1991, Artículo 3.
- Decreto Nacional 1582 de 1998, Artículos 1 y 2.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como concepto de violación, la apoderada sostuvo que, conforme a lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020 -CE-SUJ-SII-022-2020-, *“el nacimiento de la sanción por mora no está condicionado al reconocimiento de la cesantía, ocurriendo de pleno derecho por el incumplimiento del pago de parte del empleador dentro de los términos de ley”*.

Sostuvo que la finalidad de la Ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Corte Constitucional C-486 de 2016, SU-098 de 2018, SU-332 de 2019 y SU-041 de 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactiva a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar el 15 de febrero de cada anualidad.

Igualmente, hizo alusión a la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019, respecto de la cual resaltó que: *“los despachos judiciales accionados desconocieron que aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, y el Decreto 1252 de 2000, no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción, pues esta es la interpretación que más se ajusta a la Constitución”*.

Concluyó que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional se han pronunciado de manera unificada sobre la aplicabilidad del contenido del Artículo 99 de la ley 50 de 1990 a los docentes oficiales, habiendo encontrado que no existe ninguna razón para que, una vez vencido el 15 de febrero de cada anualidad, las cesantías de los maestros de régimen anualizado no sean consignadas al Fomag, pues el régimen de cesantías de los docentes y los demás servidores públicos del país es exacto; de hecho, el cambio de régimen retroactivo a régimen anualizado fue efectuado desde el 29 de diciembre de 1989 a los maestros, cuando el resto de servidores públicos del país fue realizado un año con posterioridad.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio No. 347 de 30 de junio de 2022 (archivo 5 expediente digital), se procedió a efectuar la notificación en debida forma conforme lo dispuesto en la referida providencia a la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Distrito Capital- Secretaría de Educación (archivo 7 expediente digital), quienes contestaron la demanda dentro de la oportunidad legal.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.5.1. Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 8 expediente digital).

La apoderada de este ente ministerial se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Expuso que el régimen de cesantías del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio es el descrito en la Ley 91 de 1989, cuyos intereses son más altos que los que se pagan al régimen general.

Sostuvo que en el Fomag no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la misma vigencia presupuestal se descuenta del presupuesto de las entidades territoriales una doceava parte del situado fiscal para reservar el valor del pasivo prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías, por lo que se trata de un “prepago de las cesantías” mas no de una consignación en la vigencia siguiente, lo que descarta la sanción mora.

Por lo anterior, señaló que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de liquidación, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el Fomag antes del 1º de febrero de cada vigencia siguiente.

Sobre los intereses a las cesantías, indicó que el Fomag programa su pago de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador.

Respecto 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, señaló que i) esa norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al Fomag; ii) aplicar a los docentes afiliados al Fomag la Ley 52 de 1975, se desmejorarían sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías” debido a que las condiciones dadas por el régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general; iii) lo pretendido por el demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad o conglobamiento, esto es, la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece; iv) los empleadores de los docentes afiliados al Fomag son las entidades territoriales, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de empleador; y v) las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.

Indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 proferida por la Corte Constitucional no aplica a la parte actora, pues en ese caso la docente no había sido afiliada al Fomag, lo que lo hace distinto a la presente demanda.

2.5.2. Distrital Capital-Secretaría de Educación (archivo 9 expediente digital)

El apoderado de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda. Como fundamentos de su defensa, señaló que, a diferencia de lo dispuesto para los fondos privados de cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del Fomag tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados.

Sostuvo que, ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al Fomag, esto se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”, por lo que, en lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de Ley.

Señaló que no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para el escenario del Fomag, ya que lo que sanciona la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías, y al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del Fomag, de contera se descarta algún tipo de sanción.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Por otro lado, adujo que de conformidad con lo establecido por la Ley 91 de 1989, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003, los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG. Lo anterior significa que, por un lado, los docentes forzosamente deben ser afiliados al FOMAG y a través de ese Fondo obtener el pago de sus prestaciones sociales y, por otra parte, sus cesantías deben ser reconocidas y pagadas de acuerdo a los procedimientos y reglamentación establecida para tales efectos. Es decir, el ordenamiento jurídico no prevé que los docentes tengan la posibilidad de elegir otro esquema o figura de administración de sus cesantías, sino que por voluntad expresa del legislador deben someterse al régimen especial previsto para el Magisterio, el cual no ha sido retirado del mundo jurídico por parte de algún alto tribunal.

Finalmente, solicitó al despacho negar las pretensiones de la demanda.

2.6. PRUEBAS, FIJACIÓN DEL LITIGIO Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio del Auto Interlocutorio No. 451 del 31 de agosto de 2023 (archivo 37 expediente digital), el despacho tuvo como pruebas las aportadas al proceso, fijó el litigio y, en firme dichas decisiones, dispuso correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para presentar escrito de alegaciones finales.

Parte demandante (archivos 39 y 40 expediente digital): reiteró los argumentos y pretensiones expuestos en la demanda.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

El problema jurídico se circunscribe a determinar si el demandante, ERNEY BELTRÁN CAMELO, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en Ley 50 de 1990 y la indemnización por el no pago de los intereses de las cesantías prevista en la Ley 52 de 1975, por el presunto retardo en la consignación de las cesantías anualizadas y los intereses de las mismas, comprendidas entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 2020 así como los ajustes legales a los valores adeudados e intereses correspondientes.

3.2. Del marco normativo

3.2.1. Del régimen de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero únicamente respecto del tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942. El Decreto 2767 de 1945 hizo extensivas las cesantías a los empleados y obreros al servicio de los departamentos y municipios.

A su vez, el Artículo 1º de la Ley 65 de 1946 dispuso que «Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continuo o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.» En el párrafo de esta norma, se extendió este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios.

Al amparo de dichas disposiciones, el auxilio de cesantía de los servidores públicos a nivel territorial debía liquidarse con retroactividad, pagando un mes de salario por cada año de servicio, computando todo el tiempo laborado y teniendo en cuenta el último salario devengado, a menos que haya tenido modificaciones en los últimos tres meses.

De otra parte, la liquidación del auxilio de cesantías fue reglamentada a través del Artículo 6º del Decreto 1160 de 1947 que indicó que *“para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos*

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”

Hasta este momento, el ordenamiento jurídico no consagraba de manera específica para los docentes un régimen de liquidación de cesantías, razón por la cual dicho personal estaba sujeto a las normas prestacionales de los empleados públicos.

Con la expedición de la Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se determinó que dicha entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes.

En el Parágrafo del Artículo 2º de la Ley 91 advirtió cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la misma:

“Parágrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.”

En similar sentido, respecto del régimen prestacional de los docentes nacionalizados, nacionales y aquellos que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, el Artículo 15 dispuso:

“Artículo 15º.- 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:

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 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, 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.”

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3 de este mismo Artículo consagró:

“3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, 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.”

De lo anterior se deduce que a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, y los docentes territoriales vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 se

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

En punto al tema, en reiteradas decisiones, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que los docentes oficiales vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, sin importar si fueron vinculados a través de un ente territorial, o si fueron financiados o cofinanciados, se deben acoger al régimen prestacional establecido en la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su Artículo 81 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 la presente ley”*.

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido Fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003 estableció:

“Artículo 1º.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1º.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (Negrilla fuera de texto).

Parágrafo 2º.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5º. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.”

Ahora bien, en sentencia del 18 de enero de 2018¹, el Consejo de Estado consideró que quienes se vincularon como docentes con posterioridad al 1º de enero de 1990 cuentan con un régimen

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Sentencia del 18 de enero de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 19001-33-31-000-2011-00305-01 (1733-2016). Demandante: Juvencio Chilito Chilito. Demandado: Departamento del Cauca.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

prestacional especial señalado en la Ley 91 de 1989 por lo que las cesantías a que tengan derecho se liquidan de forma anualmente sin retroactividad.

3.2.2. Del régimen anualizado de cesantías dispuesto en la Ley 50 de 1990.

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», dio un paso adicional encaminado a ampliar la cobertura del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para la generalidad de los servidores públicos, al consagrar, en su Artículo 13, lo siguiente:

“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”.

La norma vigente a la fecha de expedición de la previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo Artículo 99 consagró:

“Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

- 1. 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.
- 2. 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.
- 3. 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.
- 4. 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”.

De igual manera, es necesario indicar que el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los Artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus Artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, la Ley 432 de 1998, en sus Artículos 5 y siguientes. Así lo determinó:

“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”.

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores².

² Es decir, el sistema de liquidación retroactiva, consagrado en Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Asimismo, es necesario indicar que el Decreto 1252 de 2000, «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública», estableció lo siguiente:

“Artículo 1º.- Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías. Parágrafo. Los fondos o entidades públicas, incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo”.

Del caso concreto

En el caso concreto, están probados los siguientes hechos:

- El demandante es docente y según se desprende de las pruebas obrantes en el proceso su vinculación es de carácter nacional (archivo 30 expediente digital).
- Obra extracto de los intereses de las cesantías consignados al demandante, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 2, págs. 55 a 56 expediente digital):

INTERESES PAGADOS						
Año	DTF	Cesantias	Acumulado	Intereses	Fecha	Estado
2001	12.89%	456,276	456,276	58,814	07/05/2002	PRESENTE PAGO
2002	9.07%	772,192	1,228,468	111,422	05/03/2003	PRESENTE PAGO
2003	8.07%	821,855	2,050,323	165,461	05/03/2004	PRESENTE PAGO
2004	8.13%	866,955	2,917,278	237,175	12/03/2005	PRESENTE PAGO
2005	7.19%	914,645	3,831,923	275,515	13/03/2006	PRESENTE PAGO
2006	6.56%	1,057,939	4,889,862	320,775	09/03/2007	PRESENTE PAGO
2006	6.56%	0	-43,585	-2,859	10/03/2008	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2006	6.56%	0	43,585	2,859	07/04/2009	REPROGRAMACION
2007	8.26%	1,098,601	5,988,463	494,647	10/03/2008	PRESENTE PAGO
2008	10.04%	1,161,103	7,193,151	722,192	06/04/2009	PRESENTE PAGO
2008	10.04%	0	-43,585	-4,376	30/03/2010	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2009	6.24%	1,250,148	8,399,714	524,142	30/03/2010	PRESENTE PAGO
2010	3.88%	1,275,149	9,674,863	375,385	10/03/2011	PRESENTE PAGO
2011	4.61%	1,315,567	10,990,430	506,659	21/03/2012	PRESENTE PAGO
2012	5.85%	1,524,986	12,515,416	732,152	27/03/2013	PRESENTE PAGO
2013	4.44%	1,672,201	14,187,617	629,930	22/03/2014	PRESENTE PAGO
2014	4.46%	2,018,654	16,206,271	722,800	18/03/2015	PRESENTE PAGO
2015	5.13%	2,269,701	18,475,972	947,817	12/03/2016	PRESENTE PAGO
2016	7.52%	2,494,961	20,970,933	1,577,014	17/03/2017	PRESENTE PAGO
2017	6.37%	3,231,552	24,202,485	1,541,698	15/03/2018	PRESENTE PAGO
2018	5.05%	3,512,349	27,714,834	1,399,599	19/03/2019	PRESENTE PAGO
2019	4.98%	4,201,429	31,916,263	1,589,430	24/03/2020	PRESENTE PAGO
2020	3.64%	4,048,048	35,964,311	1,309,101	27/03/2021	PRESENTE PAGO

PAGOS REALIZADOS				
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto
200205280000126	2002-05-28	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	58814
200303280049971	2003-03-28	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	111422
200403260047079	2004-03-26	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	165461

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

PAGOS REALIZADOS				
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto
200503310052866	2005-03-31	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	237175
200603300058915	2006-03-30	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	275515
200703200061644	2007-03-20	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	320775
200712210000987	2007-12-21	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	2859
200803310090487	2008-03-31	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	491788
200904170100888	2009-04-17	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	725051
201004120117728	2010-04-12	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	519766
201103180101782	2011-03-18	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	375385
201205090123795	2012-05-09	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	506659
201304080121947	2013-04-08	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	732152
201403280120358	2014-03-28	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	629930
201503270129391	2015-03-27	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	722800
201603310134425	2016-03-31	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	947817
201703310132278	2017-03-31	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	1577014
201803280133036	2018-03-28	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	1541698
201903290132804	2019-03-29	BANCO CITIBANK	BANCO CITIBANK SUCURSAL ABIERTA	1399599
202003310130829	2020-03-31	BANCO COLPATRIA	BANCO COLPATRIA SUCURSAL ABIERTA	1589430
202103310127763	2021-03-31	BANCO COLPATRIA	BANCO COLPATRIA SUCURSAL ABIERTA	1309101

Ahora, en este punto es del caso traer a colación lo señalado por la Subsección B del Consejo de Estado³ frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, así:

“Según lo previsto en el artículo 115 de la Ley 155 de 1994, los docentes oficiales se benefician del reconocimiento del auxilio de cesantías de acuerdo con los parámetros establecidos por el artículo 15 (numeral 3) de la Ley 91 de 1989, norma en la que se distinguen, por un lado, los docentes que son beneficiarios del régimen de cesantías retroactivas y, por otro, a quienes se les aplica el régimen de cesantías anualizadas con pago de intereses y sin retroactividad.

Quiere decir lo anterior, que los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 gozan del régimen de cesantías anualizadas, prestación que desde la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996⁴, debe liquidarse de acuerdo con lo previsto por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es decir, anualmente y consignarse en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de mora (...).”.

Así mismo, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵ ha sostenido lo siguiente:

“En efecto, sobre ese particular, la Corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 sostuvo que el «hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política».

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 13 de noviembre de 2020, expediente 08001-23-33-000-2013-00394-01 , número interno 5156-16, M.P. Cesar Palomino Cortés.

⁴ “**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 Organos 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.

<Inciso 3o. INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2022, expediente 08001-23-33-000-2017-00795-01 , número interno 2659-2020, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando el «ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000». Y finalmente, concluyó:

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

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

[...]

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

Sumado a lo anterior, el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que hipótesis como las que ahora se encuentran bajo estudio pueden desconocer el derecho a la igualdad.

[...]

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

Asimismo, en Sentencia SU-332 de 2019 esa corporación también concluyó que:

52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

la Ley 50 de 1990”⁶.

Nuevamente, en el año 2023, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷, frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, indicó:

“(…) Conforme a la normativa transcrita se tiene entonces que los docentes oficiales que se vincularon a partir del 1º. de enero de 1990 les es aplicable el régimen de cesantías anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990, que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social con pago de intereses, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de retardo”.

Del mismo modo, recientemente, el Consejo de Estado⁸, al resolver una solicitud de tutela contra providencia judicial, acogió el principio de favorabilidad y consideró que es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales; así lo indicó:

“(…) Sin embargo, se resalta que la referida línea jurisprudencial fue modificada por vía de solicitud de tutela, al considerarse que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la prestación mencionada, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, para evitar incurrir en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso. (…)

En este orden de ideas, se evidencia que en materia de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías anualizadas en favor de los docentes, si bien no existe una sentencia de unificación proferida por el alto tribunal de lo contencioso administrativo, la corporación ha sentado una línea pacífica al respecto que permite acceder al amparo solicitado, en tanto se desconoció la actual postura decisonal en virtud de la cual a los docentes sí les aplican las disposiciones del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual resulta «más favorable respecto de los derechos laborales», máxime cuando el ámbito de aplicación de la referida sanción moratoria se extiende a todos los empleados públicos.

Ello teniendo en cuenta que, pese a que el Tribunal accionado explicó las razones por las cuales acogió la tesis que en principio tenían la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la materia, esto es, negar el reconocimiento de la sanción moratoria en favor de los docentes en los términos de la Ley 50 de 1990 por pertenecer a un régimen especial, esta Sala de Decisión extraña una motivación suficiente que permita entender por qué se apartó de la tesis vigente, máxime, cuando les resulta beneficiosa frente a la protección integral que merecen sus derechos labores.”

También, la Corte Constitucional ha considerado que los docentes tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 50 de 1990; así lo señaló en la Sentencia SU-041 de 2020:

“5.1.6. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional antes reseñada, es posible concluir que: (i) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías; (ii) el reconocimiento de esta prestación económica frente a los miembros del magisterio ha operado tanto en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, como por extensión del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a través de la Ley 344 de 1996, reglamentada por los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000; (iii) en todas las acciones de tutela reseñadas, los docentes habían interpuesto demandas -hoy medio de control- de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de actos administrativos que les negaban el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, razón por la cual las decisiones en sede

⁶ Este mismo criterio se mantiene en la Subsección A del Consejo de Estado. Ver sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 08001-23-33-000-2015-80070-01 (1549-2021), M.P. Carmelo Perdomo Cueter.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de marzo de 2023, expediente 11001-03-15-000-2023-01063-00, MP Juan Enrique Bedoya Escobar.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

constitucional ordenaron su revocatoria y la expedición de nuevos fallos, en términos perentorios, que sí reconocieran la indemnización(...)" (Subraya el despacho).

Así las cosas, este despacho acoge el anterior criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el sentido de que, conforme al principio de favorabilidad, le es aplicable a los docentes el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Ahora bien, no pasa por alto el despacho que mediante Sentencia SU-573 de 2019, la Corte Constitucional indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 no constituye un precedente al caso allí estudiado, por considerar que no se evidenciaba *prima facie* una amenaza de vulneración de los derechos fundamentales y por ausencia de identidad fáctica que pudiera aplicarse al caso concreto. Sin embargo, al declarar la improcedencia de la acción de tutela, no definió de manera concreta los criterios a tener en cuenta para que se configure el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los docentes afiliados al Fomag y estimó que la interpretación y unificación de la jurisprudencia le corresponde al máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Es decir, dejó en manos de esta jurisdicción la decisión de la aplicación del Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual hasta la fecha no se ha dado. En tal sentido, no se puede concluir que la Sentencia SU-573 de 2019 constituya un precedente aplicable al *sub examine*.

Antes de entrar a analizar como incurrió la mora en el caso en concreto, es pertinente traer a colación las reglas dispuestas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en relación con el reconocimiento de cesantías y sanción moratoria prevista en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016⁹, en la que estableció lo siguiente:

- “1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.
- 2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.
- 3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.
- 4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.
- 5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.”

La citada decisión fue objeto de aclaración en providencia del 06 de agosto del 2020¹⁰, en relación con el momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción para reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías anualizadas, en el siguiente sentido:

- “i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.

⁹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero – Providencia del 25 de agosto de 2016 - Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16 - Actor: Yesenia Esther Hereira Castillo - Demandado: Municipio De Soledad.

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Sentencia de Unificación por Importancia Jurídica - Sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 – Providencia del 06 de agosto de 2020 – Expediente No. 08001-23-33-000-2013-00666-01 – No. Interno 0833-2016 – Demandante: María Lucely Taborda Cervantes – Demandado: Municipio de Sabanagrande (Atlántico)

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ii) En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción.”

Ahora bien, revisado el expediente se advierte que no existe prueba del reconocimiento de las cesantías, ya que únicamente fue allegada la certificación de pago de los intereses de las cesantías a la demandante, respecto de los cuales vale la pena aclarar que dichos intereses son pagados directamente al trabajador.

En consecuencia, no es posible establecer si la entidad demandada ha cancelado o no las cesantías a la demandante, por lo que se establecerá como fecha límite de la sanción moratoria por el no pago de cesantías hasta la fecha en que se haga efectiva la consignación de las mismas en el Fomag.

De acuerdo con lo expuesto, en el caso concreto se causó una sanción moratoria a favor del demandante desde el 15 de febrero de 2021, cuando la entidad empleadora incurrió en retardo por las cesantías del 2020¹¹, así:

Anualidad Cesantías	Fecha que la Ley 50/90 dispone para la consignación	Exigibilidad de la sanción	Fecha límite de la sanción por pago
2020	14/02/2021	15/02/2021	Hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag ¹² , condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma

Por otro lado, el demandante presentó la reclamación de la sanción moratoria en sede administrativa el 30 de julio de 2021 (archivo 16 expediente digital), de modo que no se configuró la prescripción extintiva, según se expone a continuación:

Cesantías anualizadas	Exigibilidad de la sanción	Prescripción	Fecha de la reclamación
2020	15/02/2021	15/02/2024	30/07/2021

En consecuencia, como el demandante reclamó ante la administración el 30 de julio de 2021, no se configuró la prescripción de la sanción moratoria por las cesantías de la anualidad de 2020, de modo que se condenará a la Nación-Ministerio de Educación Nacional¹³ a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la actora en el momento en que se produjo la mora.

¹¹ En la demanda únicamente se solicitó la mora por la no consignación de las cesantías del año 2020.

¹² Ello, siguiendo la forma en que el Consejo de Estado determinó el periodo de mora -sentencia del 19 de enero de 2023, Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez-.

¹³ La condena se efectúa sobre la Nación-Ministerio de Educación Nacional, teniendo en cuenta que, según la certificación de historia laboral allegada por la Secretaría de Educación de Bogotá, la vinculación de la docente es de carácter nacional y, conforme lo dispuesto por el Artículo 1º de la Ley 91 de 1989, se entiende por persona nacional a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno nacional.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Por otro lado, si bien en providencias anteriores se ordenó el ajuste del valor total generado por concepto de sanción moratoria según lo dispuesto en el Artículo 187 del CPACA, este despacho ajusta su posición y acoge el criterio adoptado por el Consejo de Estado¹⁴, en el sentido de determinar que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación, dada la naturaleza de dicha indemnización.

Respecto de los intereses a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que el mismo equivale a un interés anual sobre saldo de las cesantías a 31 de diciembre de cada año equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Por su parte, el Acuerdo 39 de 1998, *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG”*, dispone en su Artículo 4, lo siguiente:

“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.” (Subrayado fuera de texto).

En el proceso obra prueba que el pago de los intereses de la demandante se efectuó el 27 de marzo de 2021 (pág. 55 “intereses pagados” archivo 2 expediente digital), es decir, en los términos de la Ley 91 de 1989 y del Acuerdo 39 de 1998.

Adicional a lo anterior, se advierte que la Ley 52 de 1975¹⁵ es una norma que está dirigida al sector privado¹⁶ y que la liquidación de los intereses dispuesta en ella¹⁷ es diferente a la manera que prescribe la Ley 91 de 1989¹⁸, es decir que no se podría usar la forma de establecer los intereses de esta e imponer la sanción que prevé aquella sin crear una tercera norma no emitida por el legislador.

Así las cosas, no es procedente acceder a la sanción que contempla la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses que reclama la parte actora.

Finalmente, se advierte que no es procedente condenar al Distrito Capital-Secretaría de Educación, ya que el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que *“El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”*, lo cual quiere decir que dicha sanción es impuesta al empleador que incumpla los términos señalados en la norma por la no consignación de las cesantías anuales, y no respecto del fondo de cesantías u otra entidad que intervenga en el trámite administrativo, por lo que se absolverá de responsabilidad al Distrito Capital-Secretaría de Educación, ya que, conforme a lo dispuesto en la Ley, es la Nación-Ministerio de Educación Nacional como empleadora, al encontrarse probado que la actora es una docente con vinculación nacional, la llamada a responder por la sanción mora.

Así las cosas, se declarará no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por dicha cartera ministerial y se absolverá de responsabilidad al Distrito Capital – Secretaría de Educación.

¹⁴ Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda CE- SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018.

¹⁵ Por la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares

¹⁶ Consejo de Estado, Providencia del 24 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-23-31-000-2002-00669-01(1827-04), CP ALBERTO ARANGO MANTILLA. – Consejo de Estado, providencia del 19 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-2331-000-2002-00713-01(1945-04), CP ANA MARGARITA OLAYA FORERO.

¹⁷ El artículo 1 de la Ley 75 de 1975 dispone respecto de los intereses que serán del 12% anual.

¹⁸ El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en relación con los intereses prescribe que será “...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.”

Expediente: 11001-3342-051-2022-00205-00
Demandante: ERNEY BELTRÁN CAMELO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la ocurrencia del acto ficto presunto negativo derivado de la no respuesta a la petición elevada el 30 de julio de 2021.

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD** del acto ficto o presunto negativo originado por el silencio Distrito Capital- Secretaría de Educación, frente a la petición radicada el 30 de julio de 2021, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, a pagar al señor **ERNEY BELTRÁN CAMELO**, identificado con C.C. 79.970.155, a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la demandante en el momento en que se produjo la mora, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- La **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

QUINTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- DECLARAR no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** y **ABSOLVER** de responsabilidad al **DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN**.

SÉPTIMO.- No se condena en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

OCTAVO.- Ejecutoriada esta providencia, **por secretaría**, y a costa de la parte actora, **EXPÍDASE** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente.

DÉCIMO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

DVP

Expediente: 11001-3342-051-2022-00205-00
Demandante: ERNEY BELTRÁN CAMELO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

notificacionescundinamarcalqab@gmail.com
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co
procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co
lasanabria@fiduprevisora.com.co
notjudicial@fiduprevisora.com.co
notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co
chepelin@hotmail.fr

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **d943b3fc8003db1cc5a0a2fa870fc04707d8c8c6dadf498bb8dc2694d01a8f85**
Documento generado en 27/09/2023 08:35:21 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA No. 231	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00228-00
Demandante:	FLOR ALBA CUESTAS PINZÓN
Demandado:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
Decisión:	Sentencia anticipada que accede parcialmente las pretensiones de la demanda
Tema:	Indemnización moratoria por el no pago oportuno de cesantías-Ley 50 de 1990

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar **SENTENCIA ANTICIPADA** de **PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **FLOR ALBA CUESTAS PINZÓN**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 23.913.325, contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 2 a 52 archivo 2 expediente digital)

La demandante solicitó la nulidad del acto administrativo ficto frente a la petición presentada ante la Secretaría de Educación de Bogotá el 13 de septiembre de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 50 de 1990 y la indemnización por el pago tardío de los intereses de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se condene a la demandada a: i) reconocer y pagar la sanción por mora establecida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020; ii) reconocer y pagar 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 1176 de 1991; iii) reconocer y pagar 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, tomando como base la variación del IPC, de conformidad con el Artículo 187 del CPACA; iv) reconocer y pagar los intereses moratorios conforme al Artículo 193 del CPACA; v) dar cumplimiento al fallo dentro del término establecido en el Artículo 192 del CPACA; y vi) condenar en costas.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, la apoderada señaló lo siguiente:

Manifestó que la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero de 2021. Agregó que dichos términos no fueron cumplidos por la entidad demandada.

El 13 de septiembre de 2021, la demandante 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

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

se resolvió de forma negativa debido al silencio administrativo.

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, los actos administrativos acusados trasgreden las siguientes normas:

- Constitución Política Artículos 13 y 53.
- Ley 91 de 1989, Artículo 5 y 15.
- Ley 50 de 1990, Artículo 99.
- Ley 1955 de 2019, Artículo 57.
- Ley 52 de 1975, Artículo 1.
- Ley 344 de 1996, Artículo 13.
- Ley 432 de 1998, Artículo 5.
- Decreto Nacional 1176 de 1991, Artículo 3.
- Decreto Nacional 1582 de 1998, Artículos 1 y 2.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como concepto de violación, la apoderada sostuvo que, conforme a lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020 -CE-SUJ-SII-022-2020-, *“el nacimiento de la sanción por mora no está condicionado al reconocimiento de la cesantía, ocurriendo de pleno derecho por el incumplimiento del pago de parte del empleador dentro de los términos de ley”*.

Sostuvo que la finalidad de la Ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Corte Constitucional C-486 de 2016, SU-098 de 2018, SU-332 de 2019 y SU-041 de 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactiva a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar el 15 de febrero de cada anualidad.

Igualmente, hizo alusión a la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019, respecto de la cual resaltó que: *“los despachos judiciales accionados desconocieron que aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, y el Decreto 1252 de 2000, no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción, pues esta es la interpretación que más se ajusta a la Constitución”*.

Concluyó que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional se han pronunciado de manera unificada sobre la aplicabilidad del contenido del Artículo 99 de la ley 50 de 1990 a los docentes oficiales, habiendo encontrado que no existe ninguna razón para que, una vez vencido el 15 de febrero de cada anualidad, las cesantías de los maestros de régimen anualizado no sean consignadas al Fomag, pues el régimen de cesantías de los docentes y los demás servidores públicos del país es exacto; de hecho, el cambio de régimen retroactivo a régimen anualizado fue efectuado desde el 29 de diciembre de 1989 a los maestros, cuando el resto de servidores públicos del país fue realizado un año con posterioridad.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio No. 377 del 28 de julio de 2022 (archivo 5 expediente digital), se procedió a efectuar la notificación en debida forma conforme lo dispuesto en la referida providencia a la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Distrito Capital- Secretaría de Educación (archivo 7 expediente digital).

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Pese a estar debidamente notificada la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no contestó la demanda.

2.5.1. Distrital Capital-Secretaría de Educación (archivo 9 expediente digital)

La apoderada de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda. Como fundamentos de su defensa, señaló que, a diferencia de lo dispuesto para los fondos privados de cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del Fomag tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados.

Sostuvo que, ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al Fomag, esto se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”, por lo que, en lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de Ley.

Señaló que no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para el escenario del Fomag, ya que lo que sanciona la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías, y al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del Fomag, de contera se descarta algún tipo de sanción.

Por otro lado, adujo que de conformidad con lo establecido por la Ley 91 de 1989, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003, los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG. Lo anterior significa que, por un lado, los docentes forzosamente deben ser afiliados al FOMAG y a través de ese Fondo obtener el pago de sus prestaciones sociales y, por otra parte, sus cesantías deben ser reconocidas y pagadas de acuerdo a los procedimientos y reglamentación establecida para tales efectos. Es decir, el ordenamiento jurídico no prevé que los docentes tengan la posibilidad de elegir otro esquema o figura de administración de sus cesantías, sino que por voluntad expresa del legislador deben someterse al régimen especial previsto para el Magisterio, el cual no ha sido retirado del mundo jurídico por parte de algún alto tribunal.

De igual forma, en el escrito de contestación también propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, pues indicó que la Ley no le ha otorgado a las secretarías de educación la administración del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, si la Ley no lo prescribe, no pueden los entes territoriales asumir funciones como el reconocimiento de prestaciones sociales y el correspondiente pago de dineros como la discutida sanción moratoria.

2.6. PRUEBAS, FIJACIÓN DEL LITIGIO Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio del Auto Interlocutorio No. 458 del 31 de agosto de 2023 (archivo 37 expediente digital), el despacho tuvo como pruebas las aportadas al proceso, fijó el litigio y, en firme dichas decisiones, dispuso correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para presentar escrito de alegaciones finales.

Parte demandante (archivo 40 expediente digital): reiteró los argumentos y pretensiones expuestos en la demanda.

Parte demandada (archivo 39 expediente digital): insistió en la falta de legitimación de en la causa por pasiva, y reiteró que las prestaciones sociales, especialmente las cesantías de los docentes, se encuentran reguladas por lo preceptuado en el Decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018, complementados por la Ley 1955 de 2019, por lo cual no es posible dar aplicación a la regulación de la Ley 50 de 1990.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

El problema jurídico se circunscribe a determinar si la demandante, FLOR ALBA CUESTAS PINZÓN, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en Ley

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

50 de 1990 y la indemnización por el no pago de los intereses de las cesantías prevista en la Ley 52 de 1975, por el presunto retardo en la consignación de las cesantías anualizadas y los intereses de las mismas, comprendidas entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 2020 así como los ajustes legales a los valores adeudados e intereses correspondientes.

3.2. Del marco normativo

3.2.1. Del régimen de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero únicamente respecto del tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942. El Decreto 2767 de 1945 hizo extensivas las cesantías a los empleados y obreros al servicio de los departamentos y municipios.

A su vez, el Artículo 1º de la Ley 65 de 1946 dispuso que «Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.» En el párrafo de esta norma, se extendió este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios.

Al amparo de dichas disposiciones, el auxilio de cesantía de los servidores públicos a nivel territorial debía liquidarse con retroactividad, pagando un mes de salario por cada año de servicio, computando todo el tiempo laborado y teniendo en cuenta el último salario devengado, a menos que haya tenido modificaciones en los últimos tres meses.

De otra parte, la liquidación del auxilio de cesantías fue reglamentada a través del Artículo 6º del Decreto 1160 de 1947 que indicó que *“para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”*

Hasta este momento, el ordenamiento jurídico no consagraba de manera específica para los docentes un régimen de liquidación de cesantías, razón por la cual dicho personal estaba sujeto a las normas prestacionales de los empleados públicos.

Con la expedición de la Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se determinó que dicha entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes.

En el Párrafo del Artículo 2º de la Ley 91 advirtió cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la misma:

“Párrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.”

En similar sentido, respecto del régimen prestacional de los docentes nacionalizados, nacionales y aquellos que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, el Artículo 15 dispuso:

“Artículo 15º.- 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:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se registrarán 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.”

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3 de este mismo Artículo consagró:

“3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, 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.”

De lo anterior se deduce que a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, y los docentes territoriales vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

En punto al tema, en reiteradas decisiones, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que los docentes oficiales vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, sin importar si fueron vinculados a través de un ente territorial, o si fueron financiados o cofinanciados, se deben acoger al régimen prestacional establecido en la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su Artículo 81 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 la presente ley”*.

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido Fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003 estableció:

“Artículo 1º.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1º.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (Negrilla fuera de texto).

Parágrafo 2º.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5°. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.”

Ahora bien, en sentencia del 18 de enero de 2018¹, el Consejo de Estado consideró que quienes se vincularon como docentes con posterioridad al 1° de enero de 1990 cuentan con un régimen prestacional especial señalado en la Ley 91 de 1989 por lo que las cesantías a que tengan derecho se liquidan de anualmente sin retroactividad.

3.2.2. Del régimen anualizado de cesantías dispuesto en la Ley 50 de 1990.

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», dio un paso adicional encaminado a ampliar la cobertura del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para la generalidad de los servidores públicos, al consagrar, en su Artículo 13, lo siguiente:

“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”.

La norma vigente a la fecha de expedición de la previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo Artículo 99 consagró:

“Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Sentencia del 18 de enero de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 19001-33-31-000-2011-00305-01 (1733-2016). Demandante: Juvencio Chilito Chilito. Demandado: Departamento del Cauca.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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”.

De igual manera, es necesario indicar que el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los Artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus Artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, la Ley 432 de 1998, en sus Artículos 5 y siguientes. Así lo determinó:

“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”.

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores².

Asimismo, es necesario indicar que el Decreto 1252 de 2000, «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública», estableció lo siguiente:

“Artículo 1º.- Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías. Parágrafo. Los fondos o entidades públicas, incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo”.

Del caso concreto

En el caso concreto, están probados los siguientes hechos:

- La demandante es docente y según se desprende de las pruebas obrantes en el proceso su vinculación es de carácter territorial (archivo 31 expediente digital).
- Obra extracto de los intereses de las cesantías consignados a la demandante, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 2, págs. 65 a 66 expediente digital):

² Es decir, el sistema de liquidación retroactiva, consagrado en Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00228-00
Demandante: FLOR ALBA CUESTAS PINZÓN
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

INTERESES PAGADOS						
Año	DTF	Cesantías	Acumulado	Intereses	Fecha	Estado
2005	7.19%	422,998	131,319	9,442	23/07/2015	SALDO POR MODIFICACION CESANTIA
2005	7.19%	0	291,679	20,972	13/03/2006	PRESENTE PAGO
2006	6.56%	960,271	960,271	62,994	09/03/2007	PRESENTE PAGO
2006	6.56%	0	291,679	19,134	05/12/2008	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2006	6.56%	0	131,319	8,615	23/07/2015	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2007	8.26%	1,048,145	1,339,824	110,669	10/03/2008	PRESENTE PAGO
2007	8.26%	0	131,319	10,847	23/07/2015	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2007	8.26%	0	960,271	79,318	05/12/2008	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2008	10.04%	1,158,005	3,458,100	347,193	06/04/2009	PRESENTE PAGO
2008	10.04%	0	131,319	13,184	23/07/2015	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2009	6.24%	1,316,895	1,860,095	116,070	30/03/2010	PRESENTE PAGO
2009	6.24%	0	131,319	8,194	23/07/2015	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2010	3.88%	1,449,368	3,309,463	128,407	10/03/2011	PRESENTE PAGO
2010	3.88%	0	131,319	5,095	23/07/2015	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2011	4.61%	1,491,738	1,491,738	68,769	21/03/2012	PRESENTE PAGO
2011	4.61%	0	131,319	6,054	23/07/2015	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2012	5.85%	1,600,860	3,092,598	180,917	27/03/2013	PRESENTE PAGO
2012	5.85%	0	131,319	7,682	23/07/2015	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2013	4.44%	1,792,609	4,885,207	216,903	22/03/2014	PRESENTE PAGO
2013	4.44%	0	131,319	5,831	23/07/2015	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2014	4.46%	2,084,380	6,969,587	310,844	18/03/2015	PRESENTE PAGO
2014	4.46%	0	131,319	5,857	23/07/2015	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2015	5.13%	2,135,233	4,219,613	216,466	12/03/2016	PRESENTE PAGO
2016	7.52%	3,427,202	7,646,815	575,040	17/03/2017	PRESENTE PAGO
2017	6.37%	3,823,487	11,470,302	730,658	16/03/2018	PRESENTE PAGO
2018	5.05%	4,201,216	10,532,518	531,892	19/03/2019	PRESENTE PAGO
2019	4.98%	4,482,947	9,934,185	494,722	24/03/2020	PRESENTE PAGO
2020	3.64%	4,497,159	14,431,344	525,301	27/03/2021	PRESENTE PAGO

INTERESES PAGADOS						
Año	DTF	Cesantías	Acumulado	Intereses	Fecha	Estado
PAGOS REALIZADOS						
Comprobante	Fecha de pago		Banco	Sucursal	Pago neto	
200703200042392	2007-03-20		BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	62994	
200812220002909	2008-12-22		BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	98452	
200904170080288	2009-04-17		BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	347193	
201004120095698	2010-04-12		BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	116070	
201103180078428	2011-03-18		BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	128407	
201205090100445	2012-05-09		BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	68769	
201304080032665	2013-04-08		BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	180917	
201403280031586	2014-03-28		BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	216903	
201503270033142	2015-03-27		BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	310844	
201508280000067	2015-08-28		BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	80801	
201603310033516	2016-03-31		BANCO AGRARIO DE COLOMBIA	BANCO AGRARIO SUCURSAL ABIERTA	216466	
201703310032602	2017-03-31		BANCO AGRARIO DE COLOMBIA	BANCO AGRARIO SUCURSAL ABIERTA	575040	
201803280032402	2018-03-28		BANCO AGRARIO DE COLOMBIA	BOGOTA - AVENIDA CHILE Bogotá D.C	730658	
201903290032186	2019-03-29		BANCO CAJA SOCIAL	BANCO CAJA SOCIAL SUCURSAL ABIERTA	531892	
202003310031468	2020-03-31		BANCO CAJA SOCIAL	BANCO CAJA SOCIAL SUCURSAL ABIERTA	494722	
202103310030678	2021-03-31		BANCO CAJA SOCIAL	BANCO CAJA SOCIAL SUCURSAL ABIERTA	525301	

Ahora, en este punto es del caso traer a colación lo señalado por la Subsección B del Consejo de Estado³ frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, así:

“Según lo previsto en el artículo 115 de la Ley 155 de 1994, los docentes oficiales se benefician del reconocimiento del auxilio de cesantías de acuerdo con los parámetros establecidos por el artículo 15 (numeral 3) de la Ley 91 de 1989, norma en la que se distinguen, por un lado, los docentes que son beneficiarios del régimen de cesantías retroactivas y, por otro, a quienes se les aplica el régimen de cesantías anualizadas con pago de intereses y sin retroactividad.

Quiere decir lo anterior, que los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1990 gozan del régimen de cesantías anualizadas, prestación que desde la entrada en vigencia de la Ley

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 13 de noviembre de 2020, expediente o8001-23-33-000-2013-00394-01 , número interno 5156-16, M.P. Cesar Palomino Cortés.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

344 de 1996⁴, debe liquidarse de acuerdo con lo previsto por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es decir, anualmente y consignarse en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de mora (...)."

Así mismo, la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵ ha sostenido lo siguiente:

"En efecto, sobre ese particular, la Corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 sostuvo que el «hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política».

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando el «ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000». Y finalmente, concluyó:

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

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

[...]

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

Sumado a lo anterior, **el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios**

4 "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 Organos 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.

<Inciso 30. INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional".

⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2022, expediente 08001-23-33-000-2017-00795-01, número interno 2659-2020, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que hipótesis como las que ahora se encuentran bajo estudio pueden desconocer el derecho a la igualdad.

[...]

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

Asimismo, en Sentencia SU-332 de 2019 esa corporación también concluyó que:

52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990⁶.

Nuevamente, en el año 2023, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷, frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, indicó:

“(…) Conforme a la normativa transcrita se tiene entonces que los docentes oficiales que se vincularon a partir del 1º. de enero de 1990 les es aplicable el régimen de cesantías anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990, que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social con pago de intereses, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de retardo”.

Del mismo modo, recientemente, el Consejo de Estado⁸, al resolver una solicitud de tutela contra providencia judicial, acogió el principio de favorabilidad y consideró que es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales; así lo indicó:

“(…) Sin embargo, se resalta que la referida línea jurisprudencial fue modificada por vía de solicitud de tutela, al considerarse que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la prestación mencionada, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, para evitar incurrir en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso. (...)”

En este orden de ideas, se evidencia que en materia de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías anualizadas en favor de los docentes, si bien no existe una sentencia de unificación proferida por el alto tribunal de lo contencioso administrativo, la corporación ha sentado una línea pacífica al respecto que permite acceder al amparo solicitado, en tanto se desconoció la actual postura decisional en virtud de la cual a los docentes sí les aplican las disposiciones del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual resulta «más favorable respecto de los derechos laborales», máxime cuando el

⁶ Este mismo criterio se mantiene en la Subsección A del Consejo de Estado. Ver sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 08001-23-33-000-2015-80070-01 (1549-2021), M.P. Carmelo Perdomo Cueter.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de marzo de 2023, expediente 11001-03-15-000-2023-01063-00, MP Juan Enrique Bedoya Escobar.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ámbito de aplicación de la referida sanción moratoria se extiende a todos los empleados públicos.

Ello teniendo en cuenta que, pese a que el Tribunal accionado explicó las razones por las cuales acogió la tesis que en principio tenían la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la materia, esto es, negar el reconocimiento de la sanción moratoria en favor de los docentes en los términos de la Ley 50 de 1990 por pertenecer a un régimen especial, esta Sala de Decisión extraña una motivación suficiente que permita entender por qué se apartó de la tesis vigente, máxime, cuando les resulta beneficiosa frente a la protección integral que merecen sus derechos labores.”

También, la Corte Constitucional ha considerado que los docentes tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 50 de 1990; así lo señaló en la Sentencia SU-041 de 2020:

“5.1.6. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional antes reseñada, es posible concluir que: (i) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías; (ii) el reconocimiento de esta prestación económica frente a los miembros del magisterio ha operado tanto en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, como por extensión del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a través de la Ley 344 de 1996, reglamentada por los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000; (iii) en todas las acciones de tutela reseñadas, los docentes habían interpuesto demandas -hoy medio de control- de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de actos administrativos que les negaban el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, razón por la cual las decisiones en sede constitucional ordenaron su revocatoria y la expedición de nuevos fallos, en términos perentorios, que sí reconocieran la indemnización(...)” (Subraya el despacho).

Así las cosas, este despacho acoge el anterior criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el sentido de que, conforme al principio de favorabilidad, le es aplicable a los docentes el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Ahora bien, no pasa por alto el despacho que mediante Sentencia SU-573 de 2019, la Corte Constitucional indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 no constituye un precedente al caso allí estudiado, por considerar que no se evidenciaba *prima facie* una amenaza de vulneración de los derechos fundamentales y por ausencia de identidad fáctica que pudiera aplicarse al caso concreto. Sin embargo, al declarar la improcedencia de la acción de tutela, no definió de manera concreta los criterios a tener en cuenta para que se configure el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los docentes afiliados al Fomag y estimó que la interpretación y unificación de la jurisprudencia le corresponde al máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Es decir, dejó en manos de esta jurisdicción la decisión de la aplicación del Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual hasta la fecha no se ha dado. En tal sentido, no se puede concluir que la Sentencia SU-573 de 2019 constituya un precedente aplicable al *sub examine*.

Antes de entrar a analizar como incurrió la mora en el caso en concreto, es pertinente traer a colación las reglas dispuestas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en relación con el reconocimiento de cesantías y sanción moratoria prevista en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016⁹, en la que estableció lo siguiente:

“1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.

2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

⁹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero – Providencia del 25 de agosto de 2016 - Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16 - Actor: Yesenia Esther Hereira Castillo - Demandado: Municipio De Soledad.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- 3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.
- 4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.
- 5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.”

La citada decisión fue objeto de aclaración en providencia del 06 de agosto del 2020¹⁰, en relación con el momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción para reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías anualizadas, en el siguiente sentido:

- “i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.
- ii) En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción.”

Ahora bien, revisado el expediente se advierte que no existe prueba del reconocimiento de las cesantías, ya que únicamente fue allegada la certificación de pago de los intereses de las cesantías a la demandante, respecto de los cuales vale la pena aclarar que dichos intereses son pagados directamente al trabajador.

En consecuencia, no es posible establecer si la entidad demandada ha cancelado o no las cesantías a la demandante, por lo que se establecerá como fecha límite de la sanción moratoria por el no pago de cesantías hasta la fecha en que se haga efectiva la consignación de las mismas en el Fomag.

De acuerdo con lo expuesto, en el caso concreto se causó una sanción moratoria a favor de la demandante desde el 15 de febrero de 2021, cuando la entidad empleadora incurrió en retardo por las cesantías del 2020¹¹, así:

Anualidad Cesantías	Fecha que la Ley 50/90 dispone para la consignación	Exigibilidad de la sanción	Fecha límite de la sanción por pago
2020	14/02/2021	15/02/2021	Hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag ¹² , condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Sentencia de Unificación por Importancia Jurídica - Sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 – Providencia del 06 de agosto de 2020 – Expediente No. 08001-23-33-000-2013-00666-01 – No. Interno 0833-2016 – Demandante: María Lucely Taborda Cervantes – Demandado: Municipio de Sabanagrande (Atlántico)

¹¹ En la demanda únicamente se solicitó la mora por la no consignación de las cesantías del año 2020.

¹² Ello, siguiendo la forma en que el Consejo de Estado determinó el periodo de mora -sentencia del 19 de enero de 2023, Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez-.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Por otro lado, la demandante presentó la reclamación de la sanción moratoria en sede administrativa el 13 de septiembre de 2021 (archivo 12, págs. 5 a 9 expediente digital), de modo que no se configuró la prescripción extintiva, según se expone a continuación:

Cesantías anualizadas	Exigibilidad de la sanción	Prescripción	Fecha de la reclamación
2020	15/02/2021	15/02/2024	13/09/2021

En consecuencia, como la demandante reclamó ante la administración el 13 de septiembre de 2021, no se configuró la prescripción de la sanción moratoria por las cesantías de la anualidad de 2020, de modo que se condenará al Distrito Capital a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la actora en el momento en que se produjo la mora.

Por otro lado, si bien en providencias anteriores se ordenó el ajuste del valor total generado por concepto de sanción moratoria según lo dispuesto en el Artículo 187 del CPACA, este despacho ajusta su posición y acoge el criterio adoptado por el Consejo de Estado¹³, en el sentido de determinar que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación, dada la naturaleza de dicha indemnización.

Respecto de los intereses a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que el mismo equivale a un interés anual sobre saldo de las cesantías a 31 de diciembre de cada año equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Por su parte, el Acuerdo 39 de 1998, *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG”*, dispone en su Artículo 4, lo siguiente:

“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.” (Subrayado fuera de texto).

En el proceso obra prueba que el pago de los intereses de la demandante se efectuó el 27 de marzo de 2021 (pág. 65 “intereses pagados” archivo 2 expediente digital), es decir, en los términos de la Ley 91 de 1989 y del Acuerdo 39 de 1998.

Adicional a lo anterior, se advierte que la Ley 52 de 1975¹⁴ es una norma que está dirigida al sector privado¹⁵ y que la liquidación de los intereses dispuesta en ella¹⁶ es diferente a la manera que prescribe la Ley 91 de 1989¹⁷, es decir que no se podría usar la forma de establecer los

¹³ Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda CE- SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018.

¹⁴ Por la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares

¹⁵ Consejo de Estado, Providencia del 24 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-23-31-000-2002-00669-01(1827-04), CP ALBERTO ARANGO MANTILLA. – Consejo de Estado, providencia del 19 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-2331-000-2002-00713-01(1945-04), CP ANA MARGARITA OLAYA FORERO.

¹⁶ El artículo 1 de la Ley 75 de 1975 dispone respecto de los intereses que serán del 12% anual.

¹⁷ El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en relación con los intereses prescribe que será “...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.”

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

intereses de esta e imponer la sanción que prevé aquella sin crear una tercera norma no emitida por el legislador.

Así las cosas, no es procedente acceder a la sanción que contempla la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses que reclama la parte actora.

Finalmente, se advierte que no es procedente condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que “El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”, lo cual quiere decir que dicha sanción es impuesta al empleador que incumpla los términos señalados en la norma por la no consignación de las cesantías anuales, y no respecto del fondo de cesantías u otra entidad que intervenga en el trámite administrativo, por lo que se declarará no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Distrito Capital- Secretaría de Educación, ya que, conforme a lo dispuesto en la Ley, es aquella como empleadora, al encontrarse probado que la actora es una docente con vinculación territorial, la llamada a responder por la sanción mora.

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la ocurrencia del acto ficto presunto negativo derivado de la no respuesta a la petición elevada el 13 de septiembre de 2021.

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD** del acto ficto o presunto negativo originado por el silencio del Distrito Capital- Secretaría de Educación, frente a la petición radicada el 13 de septiembre de 2021, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR al DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, a pagar la señora **FLOR ALBA CUESTAS PINZÓN**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 23.913.325, a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la demandante en el momento en que se produjo la mora, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- El **DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

QUINTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- DECLARAR no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el Distrito Capital- Secretaría de Educación, por lo expuesto.

SÉPTIMO.- No se condena en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

OCTAVO.- Ejecutoriada esta providencia, **por secretaría**, y a costa de la parte actora, **EXPÍDASE** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00228-00
Demandante: FLOR ALBA CUESTAS PINZÓN
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente.

DÉCIMO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

DVP

floralbao8cuestas@yahoo.es
cundinamarcaplqab@gmail.com
carolinarodriguezp7@gmail.com
notificacionesjcr@gmail.com
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co
notjudicial@fiduprevisora.com.co
t_amolina@fiduprevisora.com.co
notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co
pchaustreabogados@gmail.com
amunozabogadoschaustre@gmail.com

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: 4d1603f1191183052402c21f20b025a7d64281544f3a6b5a4b0404728d4ceba3
Documento generado en 27/09/2023 08:35:23 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA No. 232	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00239-00
Demandante:	RAQUEL XIOMARA LATORRE CONTRERAS
Demandado:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
Decisión:	Sentencia anticipada que accede parcialmente las pretensiones de la demanda
Tema:	Indemnización moratoria por el no pago oportuno de cesantías-Ley 50 de 1990

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar **SENTENCIA ANTICIPADA** de **PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **RAQUEL XIOMARA LATORRE CONTRERAS**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 52.078.967, contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 2 a 59 archivo 2 expediente digital)

La demandante solicitó la nulidad del acto administrativo ficto frente a la petición presentada ante la Secretaría de Educación de Bogotá el 17 de septiembre de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 50 de 1990 y la indemnización por el pago tardío de los intereses de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se condene a la demandada a: i) reconocer y pagar la sanción por mora establecida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020; ii) reconocer y pagar 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 1176 de 1991; iii) reconocer y pagar 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, tomando como base la variación del IPC, de conformidad con el Artículo 187 del CPACA; iv) reconocer y pagar los intereses moratorios conforme al Artículo 193 del CPACA; v) dar cumplimiento al fallo dentro del término establecido en el Artículo 192 del CPACA; y vi) condenar en costas.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, la apoderada señaló lo siguiente:

Manifestó que la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero de 2021. Agregó que dichos términos no fueron cumplidos por la entidad demandada.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

El 17 de septiembre de 2021, la demandante 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 se resolvió de forma negativa debido al silencio administrativo.

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, el acto administrativo acusado trasgrede las siguientes normas:

- Constitución Política Artículos 13 y 53.
- Ley 91 de 1989, Artículo 5 y 15.
- Ley 50 de 1990, Artículo 99.
- Ley 1955 de 2019, Artículo 57.
- Ley 52 de 1975, Artículo 1.
- Ley 344 de 1996, Artículo 13.
- Ley 432 de 1998, Artículo 5.
- Decreto Nacional 1176 de 1991, Artículo 3.
- Decreto Nacional 1582 de 1998, Artículos 1 y 2.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como concepto de violación, la apoderada sostuvo que, conforme a lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020 -CE-SUJ-SII-022-2020-, *“el nacimiento de la sanción por mora no está condicionado al reconocimiento de la cesantía, ocurriendo de pleno derecho por el incumplimiento del pago de parte del empleador dentro de los términos de ley”*.

Sostuvo que la finalidad de la Ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Corte Constitucional C-486 de 2016, SU-098 de 2018, SU-332 de 2019 y SU-041 de 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactiva a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar el 15 de febrero de cada anualidad.

Igualmente, hizo alusión a la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019, respecto de la cual resaltó que: *“los despachos judiciales accionados desconocieron que aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, y el Decreto 1252 de 2000, no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción, pues esta es la interpretación que más se ajusta a la Constitución”*.

Concluyó que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional se han pronunciado de manera unificada sobre la aplicabilidad del contenido del Artículo 99 de la ley 50 de 1990 a los docentes oficiales, habiendo encontrado que no existe ninguna razón para que, una vez vencido el 15 de febrero de cada anualidad, las cesantías de los maestros de régimen anualizado no sean consignadas al Fomag, pues el régimen de cesantías de los docentes y los demás servidores públicos del país es exacto; de hecho, el cambio de régimen retroactivo a régimen anualizado fue efectuado desde el 29 de diciembre de 1989 a los maestros, cuando el resto de servidores públicos del país fue realizado un año con posterioridad.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio No. 369 del 22 de julio de 2022 (archivo 5 expediente digital), se procedió a efectuar la notificación en debida forma

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

conforme lo dispuesto en la referida providencia a la Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Distrito Capital- Secretaría de Educación (archivo 7 expediente digital).

Pese a estar debidamente notificada la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no contestó la demanda.

2.5.1. Distrital Capital-Secretaría de Educación (archivo 8 expediente digital)

El apoderado de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda. Como fundamentos de su defensa, señaló que, a diferencia de lo dispuesto para los fondos privados de cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del Fomag tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados.

Sostuvo que, ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al Fomag, esto se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”, por lo que, en lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de Ley.

Señaló que no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para el escenario del Fomag, ya que lo que sanciona la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías, y al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del Fomag, de contera se descarta algún tipo de sanción.

Por otro lado, adujo que de conformidad con lo establecido por la Ley 91 de 1989, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003, los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG. Lo anterior significa que, por un lado, los docentes forzosamente deben ser afiliados al FOMAG y a través de ese Fondo obtener el pago de sus prestaciones sociales y, por otra parte, sus cesantías deben ser reconocidas y pagadas de acuerdo a los procedimientos y reglamentación establecida para tales efectos. Es decir, el ordenamiento jurídico no prevé que los docentes tengan la posibilidad de elegir otro esquema o figura de administración de sus cesantías, sino que por voluntad expresa del legislador deben someterse al régimen especial previsto para el Magisterio, el cual no ha sido retirado del mundo jurídico por parte de algún alto tribunal.

2.6. PRUEBAS, FIJACIÓN DEL LITIGIO Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio del Auto Interlocutorio No. 459 del 31 de agosto de 2023 (archivo 30 expediente digital), el despacho tuvo como pruebas las aportadas al proceso, fijó el litigio y, en firme dichas decisiones, dispuso correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para presentar escrito de alegaciones finales.

Parte demandante (archivos 32 y 33 expediente digital): reiteró los argumentos y pretensiones expuestos en la demanda.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

El problema jurídico se circunscribe a determinar si la demandante, RAQUEL XIOMARA LATORRE CONTRERAS, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en Ley 50 de 1990 y la indemnización por el no pago de los intereses de las cesantías prevista en la Ley 52 de 1975, por el presunto retardo en la consignación de las cesantías anualizadas y los intereses de las mismas, comprendidas entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 2020 así como los ajustes legales a los valores adeudados e intereses correspondientes.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

3.2. Del marco normativo

3.2.1. Del régimen de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero únicamente respecto del tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942. El Decreto 2767 de 1945 hizo extensivas las cesantías a los empleados y obreros al servicio de los departamentos y municipios.

A su vez, el Artículo 1º de la Ley 65 de 1946 dispuso que «Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.» En el parágrafo de esta norma, se extendió este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios.

Al amparo de dichas disposiciones, el auxilio de cesantía de los servidores públicos a nivel territorial debía liquidarse con retroactividad, pagando un mes de salario por cada año de servicio, computando todo el tiempo laborado y teniendo en cuenta el último salario devengado, a menos que haya tenido modificaciones en los últimos tres meses.

De otra parte, la liquidación del auxilio de cesantías fue reglamentada a través del Artículo 6º del Decreto 1160 de 1947 que indicó que *“para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisarías, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”*

Hasta este momento, el ordenamiento jurídico no consagraba de manera específica para los docentes un régimen de liquidación de cesantías, razón por la cual dicho personal estaba sujeto a las normas prestacionales de los empleados públicos.

Con la expedición de la Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se determinó que dicha entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes.

En el Parágrafo del Artículo 2º de la Ley 91 advirtió cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la misma:

“Parágrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.”

En similar sentido, respecto del régimen prestacional de los docentes nacionalizados, nacionales y aquellos que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, el Artículo 15 dispuso:

“Artículo 15º.- 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:

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.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, 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.”

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3 de este mismo Artículo consagró:

“3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, 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.”

De lo anterior se deduce que a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, y los docentes territoriales vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

En punto al tema, en reiteradas decisiones, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que los docentes oficiales vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, sin importar si fueron vinculados a través de un ente territorial, o si fueron financiados o cofinanciados, se deben acoger al régimen prestacional establecido en la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su Artículo 81 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 la presente ley”*.

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido Fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003 estableció:

“Artículo 1º.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1º.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (Negrilla fuera de texto).

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Parágrafo 2º.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5º. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.”

Ahora bien, en sentencia del 18 de enero de 2018¹, el Consejo de Estado consideró que quienes se vincularon como docentes con posterioridad al 1º de enero de 1990 cuentan con un régimen prestacional especial señalado en la Ley 91 de 1989 por lo que las cesantías a que tengan derecho se liquidan de anualmente sin retroactividad.

3.2.2. Del régimen anualizado de cesantías dispuesto en la Ley 50 de 1990.

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», dio un paso adicional encaminado a ampliar la cobertura del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para la generalidad de los servidores públicos, al consagrar, en su Artículo 13, lo siguiente:

“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”.

La norma vigente a la fecha de expedición de la previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo Artículo 99 consagró:

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Sentencia del 18 de enero de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 19001-33-31-000-2011-00305-01 (1733-2016). Demandante: Juvencio Chilito Chilito. Demandado: Departamento del Cauca.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

“Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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”.

De igual manera, es necesario indicar que el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los Artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus Artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, la Ley 432 de 1998, en sus Artículos 5 y siguientes. Así lo determinó:

“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”.

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores².

Asimismo, es necesario indicar que el Decreto 1252 de 2000, «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública», estableció lo siguiente:

“Artículo 1º.- Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías. Parágrafo. Los fondos o entidades públicas, incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo”.

Del caso concreto

En el caso concreto, están probados los siguientes hechos:

- La demandante es docente y según se desprende de las pruebas obrantes en el proceso su vinculación es de carácter territorial (archivo 24 expediente digital).
- Obra extracto de los intereses de las cesantías consignados a la demandante, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 2, págs. 76 a 77 expediente digital):

² Es decir, el sistema de liquidación retroactiva, consagrado en Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00239-00
Demandante: RAQUEL XIOMARA LATORRE CONTRERAS
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

INTERESES PAGADOS						
Año	DTF	Cesantias	Acumulado	Intereses	Fecha	Estado
2004	8.13%	287,979	287,979	23,413	08/03/2006	REPROGRAMACION
2005	7.19%	914,543	1,202,522	86,461	13/03/2006	PRESENTE PAGO
2006	6.56%	903,821	903,821	59,291	09/03/2007	PRESENTE PAGO
2006	6.56%	0	-53,996	-3,542	12/03/2016	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2007	8.26%	1,003,484	2,206,006	182,216	10/03/2008	PRESENTE PAGO
2007	8.26%	0	-352,697	-29,133	12/03/2016	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2008	10.04%	1,141,869	3,347,875	336,127	06/04/2009	PRESENTE PAGO
2008	10.04%	0	-352,697	-35,411	12/03/2016	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2009	6.24%	1,316,895	4,664,770	291,082	30/03/2010	PRESENTE PAGO
2009	6.24%	0	-352,697	-22,008	12/03/2016	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2010	3.88%	1,738,152	6,402,922	248,433	10/03/2011	PRESENTE PAGO
2010	3.88%	0	-352,697	-13,685	12/03/2016	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2011	4.61%	1,793,252	8,196,174	377,844	21/03/2012	PRESENTE PAGO
2011	4.61%	0	-352,697	-16,259	12/03/2016	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2012	5.85%	1,882,916	10,079,090	589,627	27/03/2013	PRESENTE PAGO
2012	5.85%	0	-352,697	-20,633	12/03/2016	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2013	4.44%	1,947,688	12,026,778	533,989	22/03/2014	PRESENTE PAGO
2013	4.44%	0	-352,697	-15,660	12/03/2016	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2014	4.46%	2,063,985	14,090,763	628,448	18/03/2015	PRESENTE PAGO
2014	4.46%	0	-352,697	-15,730	12/03/2016	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2015	5.13%	2,315,235	16,053,301	823,534	12/03/2016	PRESENTE PAGO
2016	7.52%	2,545,032	18,598,333	1,398,595	17/03/2017	PRESENTE PAGO
2017	6.37%	2,771,159	21,369,492	1,361,237	16/03/2018	PRESENTE PAGO
2018	5.05%	3,011,966	24,381,458	1,231,264	19/03/2019	PRESENTE PAGO
2019	4.98%	3,257,252	6,269,218	312,207	24/03/2020	PRESENTE PAGO
2020	3.64%	3,471,369	9,740,587	354,557	27/03/2021	PRESENTE PAGO

PAGOS REALIZADOS				
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto
200603300054424	2006-03-30	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	109874
200703200055086	2007-03-20	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	59291
200803310082834	2008-03-31	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	182216
200904170093112	2009-04-17	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	336127
201004120108958	2010-04-12	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	291082
201103180091412	2011-03-18	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	248433
201205090113159	2012-05-09	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	377844
201304080091922	2013-04-08	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	589627
201403280089961	2014-03-28	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	533989
201503270095554	2015-03-27	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	628448
201603310097914	2016-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	651473
201703310095409	2017-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	1398595
201803280095685	2018-03-28	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	1361237
201903290095040	2019-03-29	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	1231264
202003310093115	2020-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	312207
202103310091080	2021-03-31	BANCOLOMBIA	BANCOLOMBIA SUCURSAL ABIERTA	354557

Ahora, en este punto es del caso traer a colación lo señalado por la Subsección B del Consejo de Estado³ frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, así:

“Según lo previsto en el artículo 115 de la Ley 155 de 1994, los docentes oficiales se benefician del reconocimiento del auxilio de cesantías de acuerdo con los parámetros establecidos por el artículo 15 (numeral 3) de la Ley 91 de 1989, norma en la que se distinguen, por un lado, los docentes que son beneficiarios del régimen de cesantías retroactivas y, por otro, a quienes se les aplica el régimen de cesantías anualizadas con pago de intereses y sin retroactividad.

Quiere decir lo anterior, que los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 gozan del régimen de cesantías anualizadas, prestación que desde la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996⁴, debe liquidarse de acuerdo con lo previsto por el

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 13 de noviembre de 2020, expediente 08001-23-33-000-2013-00394-01 , número interno 5156-16, M.P. Cesar Palomino Cortés.

⁴ “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 Organos 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;

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es decir, anualmente y consignarse en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de mora (...).

Así mismo, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵ ha sostenido lo siguiente:

“En efecto, sobre ese particular, la Corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 sostuvo que el «hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política».

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando el «ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000». Y finalmente, concluyó:

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

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

[...]

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

Sumado a lo anterior, **el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que**

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.

<Inciso 30. INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2022, expediente 08001-23-33-000-2017-00795-01, número interno 2659-2020, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

hipótesis como las que ahora se encuentran bajo estudio pueden desconocer el derecho a la igualdad.

[...]

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

Asimismo, en Sentencia SU-332 de 2019 esa corporación también concluyó que:

52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990⁶.

Nuevamente, en el año 2023, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷, frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, indicó:

“(…) Conforme a la normativa transcrita se tiene entonces que los docentes oficiales que se vincularon a partir del 1°. de enero de 1990 les es aplicable el régimen de cesantías anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990, que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social con pago de intereses, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de retardo”.

Del mismo modo, recientemente, el Consejo de Estado⁸, al resolver una solicitud de tutela contra providencia judicial, acogió el principio de favorabilidad y consideró que es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales; así lo indicó:

“(…) Sin embargo, se resalta que la referida línea jurisprudencial fue modificada por vía de solicitud de tutela, al considerarse que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la prestación mencionada, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, para evitar incurrir en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso. (...)”

En este orden de ideas, se evidencia que en materia de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías anualizadas en favor de los docentes, si bien no existe una sentencia de unificación proferida por el alto tribunal de lo contencioso administrativo, la corporación ha sentado una línea pacífica al respecto que permite acceder al amparo solicitado, en tanto se desconoció la actual postura decisional en

⁶ Este mismo criterio se mantiene en la Subsección A del Consejo de Estado. Ver sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 08001-23-33-000-2015-80070-01 (1549-2021), M.P. Carmelo Perdomo Cueter.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de marzo de 2023, expediente 11001-03-15-000-2023-01063-00, MP Juan Enrique Bedoya Escobar.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

virtud de la cual a los docentes sí les aplican las disposiciones del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual resulta «más favorable respecto de los derechos laborales», máxime cuando el ámbito de aplicación de la referida sanción moratoria se extiende a todos los empleados públicos.

Ello teniendo en cuenta que, pese a que el Tribunal accionado explicó las razones por las cuales acogió la tesis que en principio tenían la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la materia, esto es, negar el reconocimiento de la sanción moratoria en favor de los docentes en los términos de la Ley 50 de 1990 por pertenecer a un régimen especial, esta Sala de Decisión extraña una motivación suficiente que permita entender por qué se apartó de la tesis vigente, máxime, cuando les resulta beneficiosa frente a la protección integral que merecen sus derechos labores.”

También, la Corte Constitucional ha considerado que los docentes tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 50 de 1990; así lo señaló en la Sentencia SU-041 de 2020:

“5.1.6. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional antes reseñada, es posible concluir que: (i) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías; (ii) el reconocimiento de esta prestación económica frente a los miembros del magisterio ha operado tanto en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, como por extensión del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a través de la Ley 344 de 1996, reglamentada por los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000; (iii) en todas las acciones de tutela reseñadas, los docentes habían interpuesto demandas -hoy medio de control- de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de actos administrativos que les negaban el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, razón por la cual las decisiones en sede constitucional ordenaron su revocatoria y la expedición de nuevos fallos, en términos perentorios, que sí reconocieran la indemnización(...)” (Subraya el despacho).

Así las cosas, este despacho acoge el anterior criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el sentido de que, conforme al principio de favorabilidad, le es aplicable a los docentes el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Ahora bien, no pasa por alto el despacho que mediante Sentencia SU-573 de 2019, la Corte Constitucional indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 no constituye un precedente al caso allí estudiado, por considerar que no se evidenciaba *prima facie* una amenaza de vulneración de los derechos fundamentales y por ausencia de identidad fáctica que pudiera aplicarse al caso concreto. Sin embargo, al declarar la improcedencia de la acción de tutela, no definió de manera concreta los criterios a tener en cuenta para que se configure el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los docentes afiliados al Fomag y estimó que la interpretación y unificación de la jurisprudencia le corresponde al máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Es decir, dejó en manos de esta jurisdicción la decisión de la aplicación del Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual hasta la fecha no se ha dado. En tal sentido, no se puede concluir que la Sentencia SU-573 de 2019 constituya un precedente aplicable al *sub examine*.

Antes de entrar analizar como incurrió la mora en el caso en concreto, es pertinente traer a colación las reglas dispuestas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en relación con el reconocimiento de cesantías y sanción moratoria prevista en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016⁹, en la que estableció lo siguiente:

“1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.

⁹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero – Providencia del 25 de agosto de 2016 - Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16 - Actor: Yesenia Esther Hereira Castillo - Demandado: Municipio De Soledad.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- 2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.
- 3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.
- 4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.
- 5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.”

La citada decisión fue objeto de aclaración en providencia del 06 de agosto del 2020¹⁰, en relación con el momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción para reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías anualizadas, en el siguiente sentido:

- “i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.
- ii) En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción.”

Ahora bien, revisado el expediente se advierte que no existe prueba del reconocimiento de las cesantías, ya que únicamente fue allegada la certificación de pago de los intereses de las cesantías a la demandante, respecto de los cuales vale la pena aclarar que dichos intereses son pagados directamente al trabajador.

En consecuencia, no es posible establecer si la entidad demandada ha cancelado o no las cesantías a la demandante, por lo que se establecerá como fecha límite de la sanción moratoria por el no pago de cesantías hasta la fecha en que se haga efectiva la consignación de las mismas en el Fomag.

De acuerdo con lo expuesto, en el caso concreto se causó una sanción moratoria a favor de la demandante desde el 15 de febrero de 2021, cuando la entidad empleadora incurrió en retardo por las cesantías del 2020¹¹, así:

Anualidad Cesantías	Fecha que la Ley 50/90 dispone para la consignación	Exigibilidad de la sanción	Fecha límite de la sanción por pago
2020	14/02/2021	15/02/2021	Hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Sentencia de Unificación por Importancia Jurídica - Sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 – Providencia del 06 de agosto de 2020 – Expediente No. 08001-23-33-000-2013-00666-01 – No. Interno 0833-2016 – Demandante: María Lucely Taborda Cervantes – Demandado: Municipio de Sabanagrande (Atlántico)

¹¹ En la demanda únicamente se solicitó la mora por la no consignación de las cesantías del año 2020.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

			cesantías al Fomag ¹² , condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma

Por otro lado, la demandante presentó la reclamación de la sanción moratoria en sede administrativa el 17 de septiembre de 2021 (archivo 2, págs. 65 a 67 expediente digital), de modo que no se configuró la prescripción extintiva, según se expone a continuación:

Cesantías anualizadas	Exigibilidad de la sanción	Prescripción	Fecha de la reclamación
2020	15/02/2021	15/02/2024	17/09/2021

En consecuencia, como la demandante reclamó ante la administración el 17 de septiembre 2021, no se configuró la prescripción de la sanción moratoria por las cesantías de la anualidad de 2020, de modo que se condenará al Distrito Capital a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la actora en el momento en que se produjo la mora.

Por otro lado, si bien en providencias anteriores se ordenó el ajuste del valor total generado por concepto de sanción moratoria según lo dispuesto en el Artículo 187 del CPACA, este despacho ajusta su posición y acoge el criterio adoptado por el Consejo de Estado¹³, en el sentido de determinar que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación, dada la naturaleza de dicha indemnización.

Respecto de los intereses a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que el mismo equivale a un interés anual sobre saldo de las cesantías a 31 de diciembre de cada año equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Por su parte, el Acuerdo 39 de 1998, “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG*”, dispone en su Artículo 4, lo siguiente:

“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.” (Subrayado fuera de texto).

En el proceso obra prueba que el pago de los intereses de la demandante se efectuó el 27 de marzo de 2021 (pág. 76 “intereses pagados” archivo 2 expediente digital), es decir, en los términos de la Ley 91 de 1989 y del Acuerdo 39 de 1998.

¹² Ello, siguiendo la forma en que el Consejo de Estado determinó el periodo de mora -sentencia del 19 de enero de 2023, Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez-.

¹³ Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda CE- SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Adicional a lo anterior, se advierte que la Ley 52 de 1975¹⁴ es una norma que está dirigida al sector privado¹⁵ y que la liquidación de los intereses dispuesta en ella¹⁶ es diferente a la manera que prescribe la Ley 91 de 1989¹⁷, es decir que no se podría usar la forma de establecer los intereses de esta e imponer la sanción que prevé aquella sin crear una tercera norma no emitida por el legislador.

Así las cosas, no es procedente acceder a la sanción que contempla la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses que reclama la parte actora.

Finalmente, se advierte que no es procedente condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que “El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”, lo cual quiere decir que dicha sanción es impuesta al empleador que incumpla los términos señalados en la norma por la no consignación de las cesantías anuales, y no respecto del fondo de cesantías u otra entidad que intervenga en el trámite administrativo, por lo que se declarará probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que, conforme a lo dispuesto en la Ley, es el Distrito Capital – Secretaría de Educación como empleadora, al encontrarse probado que la actora es una docente con vinculación territorial, la llamada a responder por la sanción mora.

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la ocurrencia del acto ficto presunto negativo derivado de la no respuesta a la petición elevada el 17 de septiembre de 2021.

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD** del acto ficto o presunto negativo originado por el silencio del Distrito Capital- Secretaría de Educación, frente a la petición radicada el 17 de septiembre de 2021, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR al DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, a pagar la señora **RAQUEL XIOMARA LATORRE CONTRERAS**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 52.078.967, a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la demandante en el momento en que se produjo la mora, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

¹⁴ Por la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares

¹⁵ Consejo de Estado, Providencia del 24 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-23-31-000-2002-00669-01(1827-04), CP ALBERTO ARANGO MANTILLA. – Consejo de Estado, providencia del 19 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-2331-000-2002-00713-01(1945-04), CP ANA MARGARITA OLAYA FORERO.

¹⁶ El artículo 1 de la Ley 75 de 1975 dispone respecto de los intereses que serán del 12% anual.

¹⁷ El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en relación con los intereses prescribe que será “...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.”

Expediente: 11001-3342-051-2022-00239-00
Demandante: RAQUEL XIOMARA LATORRE CONTRERAS
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

CUARTO.- El **DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

QUINTO.- **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- DECLARAR probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo expuesto.

SÉPTIMO.- No se condena en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

OCTAVO.- Ejecutoriada esta providencia, **por secretaría**, y a costa de la parte actora, **EXPÍDASE** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente.

DÉCIMO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

DVP

notificacionescundinamarcalqab@gmail.com
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co
chepelin@hotmail.fr
notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: 1c8addd0e45ba23655eaf7efb986d45d985c35eb267f30231a86607940ecd733

Documento generado en 27/09/2023 08:35:25 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA No. 233	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00240-00
Demandante:	MARCELA ANDREA PALOMINO ACEVEDO
Demandado:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
Decisión:	Sentencia anticipada que accede parcialmente las pretensiones de la demanda
Tema:	Indemnización moratoria por el no pago oportuno de cesantías-Ley 50 de 1990

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar **SENTENCIA ANTICIPADA** de **PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **MARCELA ANDREA PALOMINO ACEVEDO**, identificada con C.C. 51.680.037, contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 5 a 57 archivo 2 expediente digital)

La demandante solicitó la nulidad del acto administrativo ficto frente a la petición presentada ante la Secretaría de Educación de Bogotá el 27 de septiembre de 2021 que negó el reconocimiento y pago de la sanción mora establecida en la Ley 50 de 1990 y la indemnización por el pago tardío de los intereses de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se condene a la demandada a: i) reconocer y pagar la sanción por mora establecida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020; ii) reconocer y pagar 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 1176 de 1991; iii) reconocer y pagar 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, tomando como base la variación del IPC, de conformidad con el Artículo 187 del CPACA; iv) reconocer y pagar los intereses moratorios conforme al Artículo 193 del CPACA; v) dar cumplimiento al fallo dentro del término establecido en el Artículo 192 del CPACA; y vi) condenar en costas.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, la apoderada señaló lo siguiente:

Manifestó que la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero de 2021. Agregó que dichos términos no fueron cumplidos por la entidad demandada.

El 27 de septiembre de 2021, la demandante 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 se resolvió de forma negativa como consecuencia del silencio administrativo.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, los actos administrativos acusados trasgreden las siguientes normas:

- Constitución Política Artículos 13 y 53.
- Ley 91 de 1989, Artículo 5 y 15.
- Ley 50 de 1990, Artículo 99.
- Ley 1955 de 2019, Artículo 57.
- Ley 52 de 1975, Artículo 1.
- Ley 344 de 1996, Artículo 13.
- Ley 432 de 1998, Artículo 5.
- Decreto Nacional 1176 de 1991, Artículo 3.
- Decreto Nacional 1582 de 1998, Artículos 1 y 2.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como concepto de violación, la apoderada sostuvo que, conforme a lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020 -CE-SUJ-SII-022-2020-, *“el nacimiento de la sanción por mora no está condicionado al reconocimiento de la cesantía, ocurriendo de pleno derecho por el incumplimiento del pago de parte del empleador dentro de los términos de ley”*.

Sostuvo que la finalidad de la Ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición a la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, fue regular las obligaciones de los empleadores para con los servidores públicos, incluidos los docentes, como lo han determinado las Sentencias de la Corte Constitucional C-486 de 2016, SU-098 de 2018, SU-332 de 2019 y SU-041 de 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990 les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactiva a un régimen anualizado, pero también estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término perentorio que no podía superar el 15 de febrero de cada anualidad.

Igualmente, hizo alusión a la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019, respecto de la cual resaltó que: *“los despachos judiciales accionados desconocieron que aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, y el Decreto 1252 de 2000, no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción, pues esta es la interpretación que más se ajusta a la Constitución”*.

Concluyó que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional se han pronunciado de manera unificada sobre la aplicabilidad del contenido del Artículo 99 de la ley 50 de 1990 a los docentes oficiales, habiendo encontrado que no existe ninguna razón para que, una vez vencido el 15 de febrero de cada anualidad, las cesantías de los maestros de régimen anualizado no sean consignadas al Fomag, pues el régimen de cesantías de los docentes y los demás servidores públicos del país es exacto; de hecho, el cambio de régimen retroactivo a régimen anualizado fue efectuado desde el 29 de diciembre de 1989 a los maestros, cuando el resto de servidores públicos del país fue realizado un año con posterioridad.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio No. 378 de 28 de julio de 2022 (archivo 5 expediente digital), se procedió a efectuar la notificación en debida forma conforme lo dispuesto en la referida providencia a la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Distrito Capital- Secretaría de Educación (archivo 7 expediente digital), quienes contestaron la demanda dentro de la oportunidad legal.

2.5.1. Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 8 expediente digital).

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La apoderada de este ente ministerial se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Expuso que el régimen de cesantías del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio es el descrito en la Ley 91 de 1989, cuyos intereses son más altos que los que se pagan al régimen general.

Sostuvo que en el Fomag no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la misma vigencia presupuestal se descuenta del presupuesto de las entidades territoriales una doceava parte del situado fiscal para reservar el valor del pasivo prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías, por lo que se trata de un “prepago de las cesantías” mas no de una consignación en la vigencia siguiente, lo que descarta la sanción mora.

Por lo anterior, señaló que la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de liquidación, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el Fomag antes del 1º de febrero de cada vigencia siguiente.

Sobre los intereses a las cesantías, indicó que el Fomag programa su pago de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador.

Respecto 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, señaló que i) esa norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al Fomag; ii) aplicar a los docentes afiliados al Fomag la Ley 52 de 1975, se desmejorarían sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías” debido a que las condiciones dadas por el régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general; iii) lo pretendido por la demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad o conglobamiento, esto es, la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece; iv) los empleadores de los docentes afiliados al Fomag son las entidades territoriales, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de empleador; y v) las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.

Indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 proferida por la Corte Constitucional no aplica a la parte actora, pues en ese caso la docente no había sido afiliada al Fomag, lo que lo hace distinto a la presente demanda.

2.5.2. Distrital Capital-Secretaría de Educación (archivo 9 expediente digital)

La apoderada de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda. Como fundamentos de su defensa, señaló que, a diferencia de lo dispuesto para los fondos privados de cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del Fomag tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados.

Sostuvo que, ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al Fomag, esto se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”, por lo que, en lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de Ley.

Señaló que no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para el escenario del Fomag, ya que lo que sanciona la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías, y al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del Fomag, de contera se descarta algún tipo de sanción.

Por otro lado, adujo que de conformidad con lo establecido por la Ley 91 de 1989, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003, los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG. Lo anterior significa que, por un lado, los docentes forzosamente deben ser afiliados al FOMAG y a través de ese Fondo obtener el pago de sus prestaciones sociales y, por otra parte, sus cesantías deben ser reconocidas y pagadas de acuerdo a los procedimientos y reglamentación establecida para tales efectos. Es decir, el

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ordenamiento jurídico no prevé que los docentes tengan la posibilidad de elegir otro esquema o figura de administración de sus cesantías, sino que por voluntad expresa del legislador deben someterse al régimen especial previsto para el Magisterio, el cual no ha sido retirado del mundo jurídico por parte de algún alto tribunal.

De igual forma, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, pues indicó que la Ley no les ha otorgado a las secretarías de educación la administración del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, si la Ley no lo prescribe, no pueden los entes territoriales asumir funciones como el reconocimiento de prestaciones sociales y el correspondiente pago de dineros como la discutida sanción moratoria.

2.6. PRUEBAS, FIJACIÓN DEL LITIGIO Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio del Auto Interlocutorio No. 460 del 31 de agosto de 2023 (archivo 37 expediente digital), el despacho tuvo como pruebas las aportadas al proceso, fijó el litigio y, en firme dichas decisiones, dispuso correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para presentar escrito de alegaciones finales.

Parte demandante (archivo 42 expediente digital): reiteró los argumentos y pretensiones expuestos en la demanda.

Parte demandada – Secretaría de Educación (archivo 43 expediente digital): insistió en la falta de legitimación de en la causa por pasiva, y reiteró que las prestaciones sociales, especialmente las cesantías de los docentes, se encuentran reguladas por lo preceptuado en el Decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018, complementados por la Ley 1955 de 2019, por lo cual no es posible dar aplicación a la regulación de la Ley 50 de 1990.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

El problema jurídico se circunscribe a determinar si la demandante, MARCELA ANDREA PALOMINO ACEVEDO, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en Ley 50 de 1990 y la indemnización por el no pago de los intereses de las cesantías prevista en la Ley 52 de 1975, por el presunto retardo en la consignación de las cesantías anualizadas y los intereses de las mismas, comprendidas entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 2020 así como los ajustes legales a los valores adeudados e intereses correspondientes.

3.2. Del marco normativo

3.2.1. Del régimen de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero únicamente respecto del tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942. El Decreto 2767 de 1945 hizo extensivas las cesantías a los empleados y obreros al servicio de los departamentos y municipios.

A su vez, el Artículo 1º de la Ley 65 de 1946 dispuso que «Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.» En el párrafo de esta norma, se extendió este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios.

Al amparo de dichas disposiciones, el auxilio de cesantía de los servidores públicos a nivel territorial debía liquidarse con retroactividad, pagando un mes de salario por cada año de servicio, computando todo el tiempo laborado y teniendo en cuenta el último salario devengado, a menos que haya tenido modificaciones en los últimos tres meses.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De otra parte, la liquidación del auxilio de cesantías fue reglamentada a través del Artículo 6º del Decreto 1160 de 1947 que indicó que *“para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”*

Hasta este momento, el ordenamiento jurídico no consagraba de manera específica para los docentes un régimen de liquidación de cesantías, razón por la cual dicho personal estaba sujeto a las normas prestacionales de los empleados públicos.

Con la expedición de la Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se determinó que dicha entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes.

En el Parágrafo del Artículo 2º de la Ley 91 advirtió cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la misma:

“Parágrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.”

En similar sentido, respecto del régimen prestacional de los docentes nacionalizados, nacionales y aquellos que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, el Artículo 15 dispuso:

“Artículo 15º.- 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:

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 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, 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.”

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3 de este mismo Artículo consagró:

“3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, 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.”

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De lo anterior se deduce que a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, y los docentes territoriales vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

En punto al tema, en reiteradas decisiones, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que los docentes oficiales vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, sin importar si fueron vinculados a través de un ente territorial, o si fueron financiados o cofinanciados, se deben acoger al régimen prestacional establecido en la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su Artículo 81 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 la presente ley”*.

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido Fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003 estableció:

“Artículo 1º.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1º.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (Negrilla fuera de texto).

Parágrafo 2º.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5º. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.”

Ahora bien, en sentencia del 18 de enero de 2018¹, el Consejo de Estado consideró que quienes se vincularon como docentes con posterioridad al 1º de enero de 1990 cuentan con un régimen

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Sentencia del 18 de enero de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 19001-33-31-000-2011-00305-01 (1733-2016). Demandante: Juvencio Chilito Chilito. Demandado: Departamento del Cauca.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

prestacional especial señalado en la Ley 91 de 1989 por lo que las cesantías a que tengan derecho se liquidan de forma anualmente sin retroactividad.

3.2.2. Del régimen anualizado de cesantías dispuesto en la Ley 50 de 1990.

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», dio un paso adicional encaminado a ampliar la cobertura del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para la generalidad de los servidores públicos, al consagrar, en su Artículo 13, lo siguiente:

“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”.

La norma vigente a la fecha de expedición de la previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo Artículo 99 consagró:

“Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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”.

De igual manera, es necesario indicar que el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los Artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus Artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, la Ley 432 de 1998, en sus Artículos 5 y siguientes. Así lo determinó:

“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”.

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores².

Asimismo, es necesario indicar que el Decreto 1252 de 2000, «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública», estableció lo siguiente:

² Es decir, el sistema de liquidación retroactiva, consagrado en Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00240-00
Demandante: MARCELA ANDREA PALOMINO ACEVEDO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

“Artículo 1º.- Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías. Parágrafo. Los fondos o entidades públicas, incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo”.

Del caso concreto

En el caso concreto, están probados los siguientes hechos:

- La demandante es docente y según se desprende de las pruebas obrantes en el proceso su vinculación es de carácter nacional (archivo 36 expediente digital).
- Obra extracto de los intereses de las cesantías consignados al demandante, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (archivo 2, págs. 65 a 68 expediente digital):

INTERESES PAGADOS						
Año	DTF	Cesantias	Acumulado	Intereses	Fecha	Estado
1994	37.29%	234,461	0	102,545	1996-10-29	REPROGRAMACION SEPTIEMBRE/96
1995	33.95%	286,391	561,383	190,590	1996-03-30	PAGO REALIZADO ENE/JUL/96
1996	27.99%	402,912	964,295	269,906	1997-03-02	PRESENTE PAGO
1997	24.37%	488,278	1,452,573	353,992	1998-03-19	PRESENTE PAGO
1998	34.57%	671,235	2,123,808	734,200	1999-03-12	PRESENTE PAGO
1999	16.2%	771,896	2,895,704	125,047	2000-03-11	PRESENTE PAGO
1999	16.2%	0	0	344,057	2000-04-25	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO
2000	13.67%	870,349	3,766,053	514,819	2001-05-07	PRESENTE PAGO
2001	12.89%	947,807	4,713,860	607,617	2002-03-05	PRESENTE PAGO
2002	9.07%	994,905	5,708,765	517,785	2003-03-05	PRESENTE PAGO
2003	8.07%	1,054,988	6,763,753	545,835	2004-03-05	PRESENTE PAGO
2004	8.13%	1,110,684	7,874,437	640,192	2005-03-12	PRESENTE PAGO
2005	7.19%	1,171,763	9,046,200	650,422	2006-03-13	PRESENTE PAGO
2006	6.56%	1,230,344	10,276,544	674,141	2007-03-09	PRESENTE PAGO
2007	8.26%	1,285,703	11,562,247	955,042	2008-03-10	PRESENTE PAGO
2008	10.04%	1,358,850	2,921,097	293,278	2009-04-06	PRESENTE PAGO
2009	6.24%	1,463,062	4,384,159	273,572	2010-03-30	PRESENTE PAGO
2010	3.88%	2,026,975	6,411,134	248,752	2011-03-10	PRESENTE PAGO
2011	4.61%	2,091,226	8,502,360	391,959	2012-03-21	PRESENTE PAGO
2012	5.85%	2,195,780	10,698,140	625,841	2013-03-27	PRESENTE PAGO
2013	4.44%	2,271,309	12,969,449	575,844	2014-03-22	PRESENTE PAGO
2014	4.46%	2,406,924	15,376,373	685,786	2015-03-18	PRESENTE PAGO
2015	5.13%	3,403,656	18,780,029	963,415	2016-03-12	PRESENTE PAGO
2016	7.52%	3,740,045	22,520,074	1,693,510	2017-03-17	PRESENTE PAGO
2017	6.37%	4,073,879	26,593,953	1,694,035	2018-03-15	PRESENTE PAGO
2018	5.05%	4,427,874	31,021,827	1,566,602	2019-03-19	PRESENTE PAGO
2019	4.98%	4,788,452	4,810,279	239,552	2020-03-24	PRESENTE PAGO
2020	3.64%	5,102,407	9,912,686	360,822	2021-03-27	PRESENTE PAGO

PAGOS REALIZADOS				
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto
199803300045793	1998-03-30	BBVA COLOMBIA	PARQUE NACIONAL	353992
199903300048860	1999-03-30	BBVA COLOMBIA	PARQUE NACIONAL	734200
200005300011388	2000-05-30	BBVA COLOMBIA	PARQUE NACIONAL	344057
200105300006120	2001-05-30	DAVIVIENDA (BANCAFE)	SANTA ISABEL	514819
200203260006315	2002-03-26	BBVA COLOMBIA	CENTRO INTERNACIONAL	607617
200303280044359	2003-03-28	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	517785
200403260041657	2004-03-26	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA - BOGOTA	545835
200503310047241	2005-03-31	BANCO POPULAR	POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA -	640192

Expediente: 11001-3342-051-2022-00240-00
Demandante: MARCELA ANDREA PALOMINO ACEVEDO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

PAGOS REALIZADOS				
Comprobante	Fecha de pago	Banco	Sucursal	Pago neto
200603300050743	2006-03-30	BANCO POPULAR	BOGOTA POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA -	650422
200703200050914	2007-03-20	BANCO POPULAR	BOGOTA POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA -	674141
200803310078394	2008-03-31	BANCO POPULAR	BOGOTA POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA -	955042
200904170088711	2009-04-17	BANCO POPULAR	BOGOTA POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA -	293278
201004120104374	2010-04-12	BANCO POPULAR	BOGOTA POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA -	273572
201103180086777	2011-03-18	BANCO POPULAR	BOGOTA POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA -	248752
201205090108543	2012-05-09	BANCO POPULAR	BOGOTA POPULAR C. DE SERVICIOS CARRERA OCTAVA -	391959
201304080086739	2013-04-08	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	625841
201403280084830	2014-03-28	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	575844
201503270090118	2015-03-27	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	685786
201603310092372	2016-03-31	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	963415
201703310090056	2017-03-31	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	1693510
201803280090346	2018-03-28	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	1694035
201903290089701	2019-03-29	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	1566602
202003310087810	2020-03-31	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	239552
202103310085896	2021-03-31	BBVA COLOMBIA	BBVA SUCURSAL ABIERTA	360822

Ahora, en este punto es del caso traer a colación lo señalado por la Subsección B del Consejo de Estado³ frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, así:

“Según lo previsto en el artículo 115 de la Ley 155 de 1994, los docentes oficiales se benefician del reconocimiento del auxilio de cesantías de acuerdo con los parámetros establecidos por el artículo 15 (numeral 3) de la Ley 91 de 1989, norma en la que se distinguen, por un lado, los docentes que son beneficiarios del régimen de cesantías retroactivas y, por otro, a quienes se les aplica el régimen de cesantías anualizadas con pago de intereses y sin retroactividad.

Quiere decir lo anterior, que los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1990 gozan del régimen de cesantías anualizadas, prestación que desde la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996⁴, debe liquidarse de acuerdo con lo previsto por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es decir, anualmente y consignarse en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de mora (...).”.

Así mismo, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵ ha sostenido lo siguiente:

“En efecto, sobre ese particular, la Corte Constitucional en Sentencia SU-098 de 2018 sostuvo que el «hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política».

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 13 de noviembre de 2020, expediente 08001-23-33-000-2013-00394-01 , número interno 5156-16, M.P. Cesar Palomino Cortés.
⁴ “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 Organos 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.
<Inciso 30. INEXEQUIBLE>
PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.
⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2022, expediente 08001-23-33-000-2017-00795-01 , número interno 2659-2020, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

de los docentes oficiales», máxime cuando el «ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000». Y finalmente, concluyó:

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

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

[...]

Como se advirtió, los docentes se encuentran en la categoría de los empleados públicos y no existe razón que justifique que en su calidad de trabajadores no tengan derecho, de la misma forma que los demás servidores públicos, a que sus prestaciones sociales sean canceladas en tiempo. Una interpretación contraria no protegería a estas personas en la misma forma que a otros servidores públicos, lo cual tendría como consecuencia la restricción de su posibilidad de gozar de la garantía del pago oportuno del auxilio de cesantías y, a su vez, de las protecciones ya mencionadas que se derivan de esa prestación. [...] Sumado a lo anterior, **el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que hipótesis como las que ahora se encuentran bajo estudio pueden desconocer el derecho a la igualdad.**

[...]

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

Asimismo, en Sentencia SU-332 de 2019 esa corporación también concluyó que:

52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990”⁶.

Nuevamente, en el año 2023, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷, frente a la aplicación de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 para los docentes oficiales, indicó:

⁶ Este mismo criterio se mantiene en la Subsección A del Consejo de Estado. Ver sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 08001-23-33-000-2015-

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

“(…) Conforme a la normativa transcrita se tiene entonces que los docentes oficiales que se vincularon a partir del 1º. de enero de 1990 les es aplicable el régimen de cesantías anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990, que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social con pago de intereses, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado con el pago de un día de salario por cada día de retardo”.

Del mismo modo, recientemente, el Consejo de Estado⁸, al resolver una solicitud de tutela contra providencia judicial, acogió el principio de favorabilidad y consideró que es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales; así lo indicó:

“(…) Sin embargo, se resalta que la referida línea jurisprudencial fue modificada por vía de solicitud de tutela, al considerarse que, en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la prestación mencionada, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, para evitar incurrir en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso. (...)”

En este orden de ideas, se evidencia que en materia de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías anualizadas en favor de los docentes, si bien no existe una sentencia de unificación proferida por el alto tribunal de lo contencioso administrativo, la corporación ha sentado una línea pacífica al respecto que permite acceder al amparo solicitado, en tanto se desconoció la actual postura decisonal en virtud de la cual a los docentes sí les aplican las disposiciones del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual resulta «más favorable respecto de los derechos laborales», máxime cuando el ámbito de aplicación de la referida sanción moratoria se extiende a todos los empleados públicos.

Ello teniendo en cuenta que, pese a que el Tribunal accionado explicó las razones por las cuales acogió la tesis que en principio tenían la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la materia, esto es, negar el reconocimiento de la sanción moratoria en favor de los docentes en los términos de la Ley 50 de 1990 por pertenecer a un régimen especial, esta Sala de Decisión extraña una motivación suficiente que permita entender por qué se apartó de la tesis vigente, máxime, cuando les resulta beneficiosa frente a la protección integral que merecen sus derechos labores.”

También, la Corte Constitucional ha considerado que los docentes tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 50 de 1990; así lo señaló en la Sentencia SU-041 de 2020:

“5.1.6. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional antes reseñada, es posible concluir que: (i) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías; (ii) el reconocimiento de esta prestación económica frente a los miembros del magisterio ha operado tanto en virtud de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, como por extensión del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a través de la Ley 344 de 1996, reglamentada por los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000; (iii) en todas las acciones de tutela reseñadas, los docentes habían interpuesto demandas -hoy medio de control- de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de actos administrativos que les negaban el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, razón por la cual las decisiones en sede constitucional ordenaron su revocatoria y la expedición de nuevos fallos, en términos perentorios, que sí reconocieran la indemnización(…)” (Subraya el despacho).

Así las cosas, este despacho acoge el anterior criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el sentido de que, conforme al principio de favorabilidad, le es aplicable a los docentes el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Ahora bien, no pasa por alto el despacho que mediante Sentencia SU-573 de 2019, la Corte Constitucional indicó que la Sentencia SU-098 de 2018 no constituye un precedente al caso allí

80070-01 (1549-2021), M.P. Carmelo Perdomo Cueter.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de marzo de 2023, expediente 11001-03-15-000-2023-01063-00, MP Juan Enrique Bedoya Escobar.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

estudiado, por considerar que no se evidenciaba *prima facie* una amenaza de vulneración de los derechos fundamentales y por ausencia de identidad fáctica que pudiera aplicarse al caso concreto. Sin embargo, al declarar la improcedencia de la acción de tutela, no definió de manera concreta los criterios a tener en cuenta para que se configure el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los docentes afiliados al Fomag y estimó que la interpretación y unificación de la jurisprudencia le corresponde al máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Es decir, dejó en manos de esta jurisdicción la decisión de la aplicación del Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual hasta la fecha no se ha dado. En tal sentido, no se puede concluir que la Sentencia SU-573 de 2019 constituya un precedente aplicable al *sub examine*.

Antes de entrar a analizar como incurrió la mora en el caso en concreto, es pertinente traer a colación las reglas dispuestas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en relación con el reconocimiento de cesantías y sanción moratoria prevista en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016⁹, en la que estableció lo siguiente:

“1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.

2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.

4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.

5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.”

La citada decisión fue objeto de aclaración en providencia del 06 de agosto del 2020¹⁰, en relación con el momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción para reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías anualizadas, en el siguiente sentido:

“i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.

ii) En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción.”

Ahora bien, revisado el expediente se advierte que no existe prueba del reconocimiento de las cesantías, ya que únicamente fue allegada la certificación de pago de los intereses de las cesantías a la demandante, respecto de los cuales vale la pena aclarar que dichos intereses son pagados directamente al trabajador.

En consecuencia, no es posible establecer si la entidad demandada ha cancelado o no las cesantías a la demandante, por lo que se establecerá como fecha límite de la sanción moratoria por el no

⁹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero - Providencia del 25 de agosto de 2016 - Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16 - Actor: Yesenia Esther Hereira Castillo - Demandado: Municipio De Soledad.

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Sentencia de Unificación por Importancia Jurídica - Sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 - Providencia del 06 de agosto de 2020 - Expediente No. 08001-23-33-000-2013-00666-01 - No. Interno 0833-2016 - Demandante: María Lucely Taborda Cervantes - Demandado: Municipio de Sabanagrande (Atlántico)

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

pago de cesantías hasta la fecha en que se haga efectiva la consignación de las mismas en el Fomag.

De acuerdo con lo expuesto, en el caso concreto se causó una sanción moratoria a favor de la demandante desde el 15 de febrero de 2021, cuando la entidad empleadora incurrió en retardo por las cesantías del 2020¹¹, así:

Anualidad Cesantías	Fecha que la Ley 50/90 dispone para la consignación	Exigibilidad de la sanción	Fecha límite de la sanción por pago
2020	14/02/2021	15/02/2021	Hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag ¹² , condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma

Por otro lado, la demandante presentó la reclamación de la sanción moratoria en sede administrativa el 27 de septiembre de 2021 (archivo 25 expediente digital), de modo que no se configuró la prescripción extintiva, según se expone a continuación:

Cesantías anualizadas	Exigibilidad de la sanción	Prescripción	Fecha de la reclamación
2020	15/02/2021	15/02/2024	27/09/2021

En consecuencia, como la demandante reclamó ante la administración el 27 de septiembre de 2021, no se configuró la prescripción de la sanción moratoria por las cesantías de la anualidad de 2020, de modo que se condenará a la Nación-Ministerio de Educación Nacional¹³ a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la actora en el momento en que se produjo la mora.

Por otro lado, si bien en providencias anteriores se ordenó el ajuste del valor total generado por concepto de sanción moratoria según lo dispuesto en el Artículo 187 del CPACA, este despacho ajusta su posición y acoge el criterio adoptado por el Consejo de Estado¹⁴, en el sentido de determinar que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación, dada la naturaleza de dicha indemnización.

Respecto de los intereses a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que el mismo equivale a un interés anual sobre saldo de las cesantías a 31 de diciembre de cada año equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Por su parte, el Acuerdo 39 de 1998, *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG”*, dispone en su Artículo 4, lo siguiente:

¹¹ En la demanda únicamente se solicitó la mora por la no consignación de las cesantías del año 2020.

¹² Ello, siguiendo la forma en que el Consejo de Estado determinó el periodo de mora -sentencia del 19 de enero de 2023, Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, expediente 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021), M.P. William Hernández Gómez-.

¹³ La condena se efectúa sobre la Nación-Ministerio de Educación Nacional, teniendo en cuenta que, según la certificación de historia laboral allegada por la Secretaría de Educación de Bogotá, la vinculación de la docente es de carácter nacional y, conforme lo dispuesto por el Artículo 1º de la Ley 91 de 1989, se entiende por persona nacional a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno nacional.

¹⁴ Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda CE- SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

“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.” (Subrayado fuera de texto).

En el proceso obra prueba que el pago de los intereses de la demandante se efectuó el 27 de marzo de 2021 (pág. 67 “intereses pagados” archivo 2 expediente digital), es decir, en los términos de la Ley 91 de 1989 y del Acuerdo 39 de 1998.

Adicional a lo anterior, se advierte que la Ley 52 de 1975¹⁵ es una norma que está dirigida al sector privado¹⁶ y que la liquidación de los intereses dispuesta en ella¹⁷ es diferente a la manera que prescribe la Ley 91 de 1989¹⁸, es decir que no se podría usar la forma de establecer los intereses de esta e imponer la sanción que prevé aquella sin crear una tercera norma no emitida por el legislador.

Así las cosas, no es procedente acceder a la sanción que contempla la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses que reclama la parte actora.

Finalmente, se advierte que no es procedente condenar al Distrito Capital-Secretaría de Educación, ya que el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que *“El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”*, lo cual quiere decir que dicha sanción es impuesta al empleador que incumpla los términos señalados en la norma por la no consignación de las cesantías anuales, y no respecto del fondo de cesantías u otra entidad que intervenga en el trámite administrativo, por lo que se absolverá de responsabilidad al Distrito Capital-Secretaría de Educación, ya que, conforme a lo dispuesto en la Ley, es la Nación-Ministerio de Educación Nacional como empleadora, al encontrarse probado que la actora es una docente con vinculación nacional, la llamada a responder por la sanción mora.

Así las cosas, se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Distrito Capital – Secretaría de Educación.

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la ocurrencia del acto ficto presunto negativo derivado de la no respuesta a la petición elevada el 27 de septiembre de 2021.

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD** del acto ficto o presunto negativo originado por el silencio del Distrito Capital-Secretaría de Educación, frente a la petición radicada el 27 de septiembre de 2021, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, a pagar

¹⁵ Por la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares

¹⁶ Consejo de Estado, Providencia del 24 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-23-31-000-2002-00669-01(1827-04), CP ALBERTO ARANGO MANTILLA. – Consejo de Estado, providencia del 19 de mayo de 2005, Rad. No. 44001-2331-000-2002-00713-01(1945-04), CP ANA MARGARITA OLAYA FORERO.

¹⁷ El artículo 1 de la Ley 75 de 1975 dispone respecto de los intereses que serán del 12% anual.

¹⁸ El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en relación con los intereses prescribe que será “...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.”

Expediente: 11001-3342-051-2022-00240-00
Demandante: MARCELA ANDREA PALOMINO ACEVEDO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

a la señora **MARCELA ANDREA PALOMINO ACEVEDO**, identificada con C.C. 51.680.037, a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2020, causándose un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 2021 hasta cuando se hubiere realizado el traslado de los recursos por concepto de cesantías al Fomag, condicionado a que se haya realizado por fuera del término que contempla la norma, liquidable con base en la asignación básica devengada por la demandante en el momento en que se produjo la mora, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- La **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

QUINTO.- **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN.

SÉPTIMO.- No se condena en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

OCTAVO.- Ejecutoriada esta providencia, **por secretaría**, y a costa de la parte actora, **EXPÍDASE** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente.

DÉCIMO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

DVP

marcelapalomino@yahoo.com
notificacionescundinamarcalqab@gmail.com
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co
t_amolina@fiduprevisora.com.co
notjudicial@fiduprevisora.com.co
notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co
carolinarodriguezp7@gmail.com
notificacionesjcr@gmail.com

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendívelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo

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: **9d26c68290332a313e6c1d3a0830482adb9265fbd22f40112a50a73d616d11**

Documento generado en 27/09/2023 08:35:27 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA No. 237

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00293-00
Demandante:	RIGOBERTO ROJAS CHITIVA
Demandado:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Decisión:	Sentencia anticipada que niega las pretensiones de la demanda
Tema:	Prima de actualización

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar **SENTENCIA ANTICIPADA** de **PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor **RIGOBERTO ROJAS CHITIVA**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 3.026.890, contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL**.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 1 a 15, archivo 2 expediente digital)

El demandante solicitó la nulidad del acto administrativo No. 1478439 consecutivo No. 45522 del 28 de abril de 2021, mediante el cual se negó el reajuste de la asignación de retiro.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se condene a la demandada a: i) reajustar la asignación de retiro adicionándole el concepto de prima de actualización de conformidad con la Ley 4ª de 1992 y los Decretos 25 de 1993, 64 de 1994 y 133 de 1995; ii) indexar las sumar reconocidas; iii) pagar las diferencias que resulten del reconocimiento de la prima de actualización y la reliquidación solicitada, los cuales inciden en los pagos futuros; y iv) condenar en costas.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, la apoderada de la parte demandante señaló lo siguiente:

Manifestó que al demandante le fue reconocida la asignación de retiro mediante Resolución No. 3398 del 11 de diciembre de 2007.

El 19 de abril de 2021 solicitó el reconocimiento de la prima de actualización consagrada en la Ley 4ª de 1992 y los Decretos 25 de 1993, 64 de 1994 y 133 de 1995, así como la Sentencia 327 de 2015 del Consejo de Estado, el cual fue negado a través del acto administrativo demandado.

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, los actos administrativos acusados trasgreden las siguientes normas:

- Constitución Política Artículos 1, 13, 25, 48 y 53.
- Ley 153 de 1887, Artículo 3.
- Ley 2 de 1945, Artículo 34.
- Decreto 211 de 1990.
- Decreto 1212 de 1990.
- Decreto 1213 de 1990.
- Decreto 335 de 1992.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- Decreto 25 de 1993.
- Decreto 65 de 1994.
- Decreto 133 de 1995.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como concepto de violación, la apoderada de la parte demandante hizo referencia a las normas que crearon la prima de actualización e indicó que en dichas disposiciones se estableció que solo el personal que hubiere devengado la prima de actualización en servicio activo tendría derecho a que se le computase para su asignación de retiro.

Adujo que los Decretos 25 de 1993 y 65 de 1994 fueron objeto de demanda ante el Consejo de Estado, el cual declaró la nulidad de las expresiones “QUE LA DEVENGUEN EN SERVICIO ACTIVO” y “RECONOCIMIENTO DE” por ser violatorias del Artículo 13 de la Ley 4ª de 1992.

En dichas normas se consagraba el derecho solo para el personal activo y su inclusión en la asignación de retiro únicamente para quienes hubieran percibido la prima de actualización en actividad e impedían que el personal de oficiales y suboficiales retirado con anterioridad a la entrada en vigencia de aquellas el reclamo del derecho, por cuanto no eran beneficiarios de las mismas.

Adujo que a partir de los fallos del 14 de agosto y 6 de noviembre proferidos por el Consejo de Estado debe entenderse que la prima de actualización cubre de igual forma al personal retirado de la Fuerza Pública. La nivelación debe producirse en las vigencias fiscales de 1993 a 1996, en los cuales se ratificó la vigencia de la prima de actualización.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio No. 448 del 1º de septiembre de 2022 (archivo 05 expediente digital), se procedió a efectuar la notificación en debida forma conforme lo dispuesto en la referida providencia a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (archivo 07 expediente digital), quien contestaron la demanda dentro de la oportunidad legal.

2.5.1. Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL (archivo 08 expediente digital).

El apoderado de la entidad se opuso a las pretensiones de la demanda y sostuvo que la prima de actualización se consagró como un factor adicional al sueldo básico por las vigencias de 1992 a 1995, siendo incorporado su porcentaje en el sueldo básico de la vigencia inmediatamente siguiente.

Indicó que la prima de actualización del 25% del año 1992 fue incorporada en el sueldo básico fijado por el gobierno en el año de 1993, presentando un aumento adicional aun respecto del porcentaje de prima de actualización y así sucesivamente.

Aclaró que la prima de actualización tuvo un carácter absolutamente temporal, desapareciendo en el mismo momento en que se alcanzó la nivelación salarial, es decir, cuando se incorporó al sueldo básico el último de los porcentajes de prima de actualización contenido en el Decreto 133 de 1995 y se alcanzó la escala gradual porcentual con el Decreto 107 de 1996, el cual adicionalmente derogó expresamente el mentado Decreto 133 de 1995, ratificando con ello la desaparición de la prima de actualización.

Hizo referencia a los incrementos de las asignaciones de retiro, como se reajustan las mismas, a la vigencia de la prima de actualización y trajo a colación precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, el cual considera aplicable al presente asunto.

Solicitó negar las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte demandante.

2.6. EXCEPCIONES PREVIAS, PRUEBAS, FIJACIÓN DEL LITIGIO Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio del Auto Interlocutorio No. 422 del 17 de agosto de 2023 (archivo 23 expediente digital), el despacho resolvió diferir la decisión sobre las excepciones previas de falta de

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

legitimación en la causa por pasiva y prescripción promovidas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - Cremil para el momento del fallo, tuvo como pruebas las aportadas al proceso, fijó el litigio y, en firme dichas decisiones, dispuso correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para presentar escrito de alegaciones finales.

Parte demandante (archivo 25 expediente digital): reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Cuestión previa

Se advierte que la decisión sobre la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil, se difirió para el momento de fallo.

Como fundamento de la excepción, el apoderado de parte demandada manifestó que la parte actora desconoce la naturaleza de la asignación de retiro, la cual al ser una prestación de carácter económico se reconoce a los militares que se retiran del servicio activo cuando acreditan los requisitos para ello y sólo hasta ese momento surge para la entidad la obligación de reconocerla y pagarla y para el caso del demandante este reconocimiento se dio a partir del 25 de diciembre de 2007. En tal sentido, teniendo en cuenta que la prima de actualización operó para los años 1992 a 1995, periodo en que el demandante estaba en servicio activo, la fuerza a la cual perteneció sería la llamada a atender su pretensión.

Al respecto, el despacho considera que la excepción no está llamada a prosperar como quiera que la legitimación en la causa hace referencia a la posibilidad que tiene la parte de proponer o controvertir las pretensiones de la demanda; igualmente cuando se encuentra en una relación directa con las pretensiones de la demanda. También, la legitimación material alude a la participación en los hechos que originan la demanda, circunstancia que debe abordarse necesariamente al momento de proferir sentencia¹.

En el presente asunto, la parte actora pretende la nulidad del acto administrativo No. 1478439 consecutivo No. 45522 del 28 de abril de 2021, mediante el cual se negó el reajuste de la asignación de retiro adicionándole la prima de actualización. En tal sentido, es evidente la legitimación en la causa por pasiva que le asiste a la entidad demandada que en el presente asunto corresponde a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - Cremil, teniendo en cuenta, además, que dicha entidad fue la que reconoció la asignación de retiro al demandante².

Por lo anterior, se declarará no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. En cuanto a la excepción de prescripción está se resolverá con el fondo del asunto.

3.2. Problema jurídico

El problema jurídico se circunscribe en determinar la legalidad del acto administrativo demandado y el restablecimiento del derecho deprecado, por presentarse la causal de nulidad de infracción de las normas en que debería fundarse, para establecerse si es procedente ordenar el reajuste de la asignación de retiro que percibe el demandante, Rigoberto Rojas Chitiva, con la inclusión del factor denominado prima de actualización contemplado en los Decretos Nos. 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 113 de 1995.

3.3. Marco jurídico y jurisprudencial de la prima de actualización

La Constitución Política, en los literales e y f del numeral 19 del Artículo 150, atribuyó al Congreso de la República la competencia para dictar normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno a efectos de establecer el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública y en sus Artículos 217 y 218 contempló que la Ley determinaría el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario propio de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Auto del 2 de abril de 2020, C.P. William Hernández Gómez, radicado: 25000-23-42-000-2017-02379-01(2885-18).

² Pág. 31 a 33, archivo 2 expediente digital.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En desarrollo de este mandato constitucional, el Congreso de la República expidió la Ley 4ª de 1992³, la cual previó en el literal d del Artículo 1º que *“El Gobierno Nacional con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta ley fijará el régimen salarial y prestacional”* de los miembros de la Fuerza Pública, razón por la cual el presidente de la República promulgó el Decreto 335 de 1992, *“Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional y empleados públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, y se dictan otras disposiciones en materia salarial”*, en cuyo Artículo 15 creó para los oficiales en servicio activo de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional de los grados de teniente coronel a subteniente y sus equivalencias y los suboficiales de todos los grados una prima de actualización que oscilaría entre un 10% y un 45% del sueldo básico, dependiendo del grado, de conformidad con lo previsto en el plan quinquenal para la Fuerza Pública 1992-1996. Esta prima, por disposición normativa, tendría vigencia a partir del 1 de enero de 1992 (Artículo 22) y hasta cuando se estableciera una escala salarial porcentual única para la Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

En consecuencia, fueron expedidos los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 en los que se reguló lo atinente a la prima de actualización para esos años.

La referida escala salarial a que hizo referencia el Decreto 335 de 1992 fue establecida por el Decreto 107 de 1996⁴, que se expidió en desarrollo del Artículo 13 de la Ley 4ª de 1992 derogando expresamente el Decreto 133 de 1995 y con efectos fiscales a partir del 1º de enero de 1996, es decir que a partir de la fecha desapareció la referida prima de actualización, la cual, como se señaló en precedencia, tendría vigencia solo hasta que se determinara la escala salarial porcentual.

Sin embargo, la prima de actualización fue concebida en favor de los oficiales en servicio activo, es decir que no podía hacerse exigible para los oficiales en retiro, circunstancia que fue analizada por el Consejo de Estado que, a través de las sentencias proferidas el 14 de agosto de 1997⁵ y 6 de noviembre de 1997⁶, respectivamente, declaró la nulidad de las expresiones *“QUE LA DEVENGUEN EN SERVICIO ACTIVO”* y *“RECONOCIMIENTO DE”* contenidas en los Parágrafos de los Artículos 28 de los Decretos 25 de 1993 y 65 de 1994 y en el Parágrafo del Artículo 29 del Decreto 133 de 1995 y se hizo extensiva para el personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en retiro, en virtud del principio de oscilación consagrado en los Artículos 169, 151 y 110 de los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990.

3.4. Temporalidad de la prima de actualización

Así las cosas, concluye el despacho que el derecho al reconocimiento y pago de la prima de actualización sólo tuvo vigencia entre el 1 de enero de 1992 y el 31 de diciembre de 1995, ya que los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 condicionaron su existencia hasta cuando se estableciera la escala salarial porcentual única de conformidad con lo establecido en el Artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, por lo que una vez cumplida la condición el derecho se extinguía, como efectivamente sucedió ante la expedición del Decreto 107 del 15 de enero de 1996 que expresamente derogó lo establecido en el Decreto 133 de 1995.

En consecuencia, una vez fijada la escala salarial única a partir del 1º de enero de 1996 con el Decreto en mención, no debía pagarse la prima de actualización, pues ésta solo operó entre el 1º de enero de 1993 y el 31 de diciembre de 1995, es decir, tuvo vigencia sólo de manera temporal.

Igualmente, tampoco es posible tenerla en cuenta como factor salarial para liquidar las asignaciones de retiro y pensiones, ya que se quebrantaría la aplicación del principio de oscilación que empezó a regir a partir del 1º de enero de 1996. Las prestaciones sociales causadas a partir del 1º de enero de 1996 se deben liquidar con base en las variaciones que en todo tiempo se

³ “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”.

⁴ “por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial.”

⁵ Sección Segunda del Consejo de Estado, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Radicado No. 9923.

⁶ Sección Segunda del Consejo de Estado, C.P. Clara Forero de Castro, Radicado No. 11423.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

introduzcan en las asignaciones para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base de liquidación, es decir, conforme al principio de oscilación⁷.

Por otra parte, el reconocimiento y pago de la prima de actualización ha sido objeto de análisis en diferentes pronunciamientos judiciales, como es el caso de la sentencia del 17 de abril de 2013, proferida por la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro del proceso No. 05001233100020020281701 (2468-12), en la que explicó que la prima de actualización se fundamentó en la necesidad de nivelar los salarios de los miembros de la Fuerza Pública conforme al plan quinquenal 1992-1996 determinando un porcentaje mensual sobre la asignación básica hasta cuando se estableciera la escala gradual porcentual única, es decir que su origen fue transitorio y su vigencia limitada, sin que las normas de creación le hayan establecido un carácter de permanencia.

3.4.1. Prescripción extintiva del derecho

Como corolario de lo anterior, es evidente que si la prima de actualización tuvo un carácter temporal y una vigencia limitada en el tiempo, que culminó el 1º de enero de 1996 con el establecimiento de la escala salarial única porcentual y sus efectos no se reflejaron en las asignaciones salariales futuras, toda vez que a partir de esa fecha la escala salarial fue la establecida por la norma, dicha prima perdió su connotación de periodicidad y por tanto se encuentra sometida al fenómeno de prescripción.

Al respecto, vale la pena señalar que el término de prescripción en materia salarial y prestacional para los miembros de las Fuerzas Militares se encuentra consagrado en el Artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 y es de cuatro (4) años contados a partir de su fecha de causación. En ese orden de ideas, hay dos escenarios a saber, uno tratándose del personal en servicio activo, para quienes la prima perdió vigencia a partir del 1º de enero de 1996 con el establecimiento de la escala salarial porcentual y, por tanto, a partir de esa fecha el interesado contaba con un plazo máximo de 4 años para solicitar el reconocimiento de la misma, mientras que para el personal en retiro el término de prescripción cuenta a partir de la fecha de ejecutoria de las providencias de 14 de agosto de 1997 y 6 de noviembre de 1997, anotadas anteriormente, a saber el 19 de septiembre de 1997 y el 24 de noviembre de 1997⁸, que se hizo exigible el derecho al reconocimiento y pago de la prima de actualización para los miembros de la Fuerza Pública en retiro. En tal sentido, la exigibilidad de la prima de actualización decretada para los años 1993 y 1994 venció el 19 de septiembre de 2001 y la correspondiente al año 1995 el 24 de noviembre de 2001.

En torno a este aspecto, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 15 de agosto de 2013, con ponencia del consejero Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso No. 25000232500020110057501, analizó un caso de similares supuestos fácticos al que aquí se discute y concluyó que el término de prescripción aplica tanto para las asignaciones en servicio activo como en retiro declarando configurado dicho fenómeno.

3.5. Caso concreto

En primer lugar, es del caso traer a colación lo señalado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁹ respecto de que la prima de actualización fue creada como una prima temporal para los periodos comprendidos entre el año 1.992 a 1.995, para los miembros activos y desde el año 1.993 a 1.995, para el personal retirado, cuyo objeto era la nivelación de la remuneración de los servidores de la Fuerza Pública hasta llegar a una escala salarial única, es decir, su reconocimiento se sometió al establecimiento de la escala gradual porcentual, la cual se configuró con la expedición del Decreto 107 de 1.996. Se debe indicar que el Decreto 107 de 1.996 no estableció que la prima de actualización fuera parte de la asignación básica, así como tampoco determinó monto sobre su inclusión.

En consecuencia, el despacho debe reiterar que la mencionada prima de actualización tuvo una vigencia temporal, es decir que operó mientras se establecía la escala gradual salarial para los miembros de las Fuerzas Militares, de suerte que su pago no podía extenderse más allá del 1º de

⁷ Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Providencia del 25 de junio de 2020, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, Radicado No. 68001-23-33-000-2017-01245-01(0433-19).

⁸ Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Concepto de 6 de abril de 2011, Radicado No.: 11001-03-06-000-2010-00080-00(2019). – En dicho concepto se indicó las fechas de ejecutoria de las sentencias en mención-.

⁹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Segunda - Subsección “A”- sentencia del veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2.016)- magistrado ponente: José María Armenta Fuentes- referencia No. 2014-0064-01.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

enero de 1996, fecha en la cual entró a regir el Decreto 107 de 1996. Además, conviene precisar que a partir de dicha fecha la prima de actualización no hace parte de la base prestacional para liquidar las asignaciones de retiro, en razón de la entrada en vigor de la escala salarial gradual porcentual prevista en el citado decreto.

A lo anterior, se agrega que el reconocimiento de la disposición contenida en la Ley 4ª de 1992, tuvo como propósito nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública, pero únicamente frente al período 1993 – 1995. Por tanto, es de notar que con la expedición del Decreto 107 de 1996 se cumplió la condición resolutoria prevista en el Parágrafo del Artículo 15 del Decreto 335 de 1992¹⁰.

Ahora bien, del material probatorio arrimado al plenario se logra establecer que al demandante le fue reconocida asignación de retiro a partir del 25 de diciembre de 2007, mediante la Resolución No. 3398 del 11 de diciembre de 2007 (pág. 31 a 33, archivo 2 expediente digital).

También se evidencia que con escrito radicado el 19 de abril de 2021 – hecho reconocido por las partes¹¹-, el demandante solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento, liquidación y pago de la prima de actualización para los años 1992 a 1995 en su “*asignación de retiro*”, conforme a lo previsto en la Ley 4ª de 1992 y los Decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 64 de 1994 y 133 de 1995, petición que fue resuelta a través del acto administrativo aquí demandando, esto es, el Oficio No. 1478439 consecutivo No. 45522 del 28 de abril de 2021.

Entonces, en atención a que en el expediente se encuentra acreditado que presentó la reclamación en sede administrativa el día 19 de abril de 2021 (por fuera de la oportunidad legal) y la prima de actualización reclamada tuvo una vigencia temporal y para el personal retirado debió peticionarse máximo hasta el 24 de noviembre 2001, considera el despacho que los derechos laborales deprecados se encuentran prescritos en su totalidad, razón por la cual en el caso que nos ocupa se configuró el fenómeno de la prescripción extintiva y así se declarará de conformidad con todo lo anteriormente expuesto. El referido fenómeno se configuró como una sanción al titular de un derecho por no haberlo ejercido dentro de los plazos que la ley le otorga¹², toda vez que habían transcurrido más de 13 años desde la expedición del acto que le reconoció su asignación de retiro, sin que de ello pueda derivarse el derecho a que se le reliquide su prestación pues no lo solicitó dentro del plazo que la Ley le confería¹³.

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, conforme lo expuesto.

SEGUNDO.- DECLARAR probada de oficio la excepción de prescripción extintiva del derecho, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda.

CUARTO.- Sin condena en costas.

¹⁰ Igualmente prevista en el parágrafo de los artículos 28 del Decreto 25 de 1993, 28 del Decreto 65 de 1994 y 29 del Decreto 133 de 1995

¹¹ Hecho 2 de la demanda (pág. 1, archivo 2 expediente digital), reconocido como cierto por la entidad demandada (pág. 3, archivo 08 expediente digital).

¹² En este sentido, ver entre otras providencias, la sentencia de 17 de abril de 2013, Radicación número: 08001-23-31-000-2007-00210-01(2664-11), Actor: José Luis Acuña Henríquez, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹³ Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, providencia del 2 de mayo de 2019, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado No. 52001-23-33-000-2018-00040-01(5357-18)

Expediente: 11001-3342-051-2022-00293-00
Demandante: RIGOBERTO ROJAS CHITIVA
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

QUINTO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

Lkgd

rocafuerte-ge@hotmail.com
marcesalinaso2@gmail.com
notificacionesjudiciales@cremil.gov.co
gboyaca@cremil.gov.co

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **344b1445f7d8f897f8f1b0a2d33a1cd60e26e9a3e6d265a62428363d0884b390**

Documento generado en 27/09/2023 08:35:28 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA No. 235	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00321-00
Demandante:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
Demandado:	RUTH RAMÍREZ
Decisión:	Sentencia anticipada. Niega las pretensiones de la demanda
Tema:	Reconocimiento de pensión de invalidez

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar **SENTENCIA ANTICIPADA** de **PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** en contra de la señora RUTH RAMÍREZ, identificada con C.C. 51.852.237 (documento de identidad visible en el archivo 1120120710S01017002320003A del archivo 7.1 expediente digital).

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 1 a 11, archivo 2 expediente digital)

La entidad demandante solicitó que se declare: i) la nulidad de la Resolución No. SUB 178567 del 30 de julio de 2021, por medio de la cual se reconoció la pensión de invalidez a la señora Ruth Ramírez; ii) la nulidad de la Resolución No. SUB 19545 del 26 de enero de 2022, por medio de la cual se resolvió confirmar en todas sus partes la Resolución No. SUB 178567 del 30 de julio de 2021.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la parte demandada a: i) reintegrar las sumas recibidas por concepto de mesadas pagadas, retroactivos, pagos de salud más aquellas que se continúan pagando producto del reconocimiento irregular de la pensión de invalidez; ii) la indexación de las sumas reconocidas y el pago de intereses a que hubiese lugar; y iii) se condene en costas a la parte demandada.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, la apoderada del extremo activo adujo que, mediante la Resolución No. GNR 423680 del 14 de diciembre de 2014, Colpensiones negó la pensión de invalidez a la señora Ruth Ramírez, por no cumplir los requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003.

Posteriormente, mediante la Resolución No. GNR 104200 del 13 de abril de 2016, negó nuevamente la pensión de invalidez, por no cumplir los requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003, la cual se confirmó a través de las Resoluciones Nos. GNR 241274 del 18 de agosto de 2016 y VPB 36518 del 20 de septiembre de 2016.

A través de la Resolución No. SUB 178567 del 30 de julio de 2021, Colpensiones le reconoció la pensión de invalidez a la señora Ruth Ramírez, en cuantía inicial de \$908.526, a partir del 1º de agosto de 2021.

En atención al recurso de reposición y en subsidio de apelación presentado por la señora Ruth Ramírez, a través de apoderada, Colpensiones resolvió, mediante Resolución No. SUB 178567 del 30 de julio de 2021, confirmar en todas sus partes la resolución recurrida.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Indicó que en el expediente de la señora Ruth Ramírez consta el concepto emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en la cual se calificó la pérdida del 50.22% de su capacidad laboral, estructurada el 25 de septiembre de 2013 – Dictamen No. 51852237 del 24 de junio de 2014-, por lo cual procedió a efectuar el estudio de la prestación teniendo en cuenta la fecha de estructuración señalada en el dictamen – 25 de septiembre de 2013- y se encontró que la asegurada entre el 25 de septiembre de 2010 y el 30 de octubre de 2012 (teniendo en cuenta que no se pueden tener en cuenta aportes a partir de noviembre de 2012 por mora patronal en los ciclos 201211 a 201312), no acreditó 50 semanas de cotización en los últimos 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez y ese lapso solo cuenta con 180 días válidos que corresponden a 25 semanas. Por ello, no es procedente el reconocimiento de la prestación.

Mediante Auto APDPE 97 del 29 de abril de 2022, la entidad solicitó autorización para revocar parcialmente la Resolución No. SUB 178567 del 30 de julio de 2021, confirmada mediante Resolución No. SUB 19545 del 26 de enero de 2022, ya que las semanas pagadas en mora y el cálculo actuarial realizado después de la calificación no cubrían el riesgo de invalidez; sin embargo, la señora Ruth Ramírez no hizo manifestó alguna.

A través de la Resolución No. DPE 8276 del 5 de julio de 2022, se ordenó remitir el expediente a la Dirección de Procesos Judiciales con los lineamientos para el inicio de la correspondiente lesividad.

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, el acto administrativo acusado trasgrede las siguientes normas (pág. 3, archivo 2):

- Constitución Política de Colombia: Artículo 48.
- Ley 100 de 1993
- Decreto 758 de 1990
- Ley 860 de 2003

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Hizo referencia a las normas que considera violadas y las causales de revocación de los actos de carácter particular y concreto e indicó que la pensión de invalidez reconocida a la demandada no se ajusta a los preceptos legales.

Adujo que, al efectuar el estudio de la prestación reconocida a la señora Ruth Ramírez, evidenció que no estuvo conforme a derecho. Lo anterior, por cuanto la fecha de estructuración de invalidez fue el 25 de septiembre de 2013 – conforme el Dictamen No. 51852237 del 24 de junio de 2014-, y al revisar la historia laboral no se acreditó el requisito de las semanas establecidas en la Ley 860 de 2003, así como tampoco cumple los requisitos para acceder a dicha prestación a la luz de la condición más beneficiosa ni la de enfermedades catastróficas.

Al 25 de septiembre de 2013 – fecha de estructuración de la invalidez-, no acreditó 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores a ésta, ya que sólo se efectuaron 31 semanas de cotización.

Señaló que el pago de los ciclos 201211 a 201312 realizado por el empleador CORREDOR CABRERA JANETH, con NIT 39.781.504, el 19 de marzo de 2015, fue posterior a la fecha de estructuración de la invalidez, y se volvieron a pagar mediante cálculo actuarial el 31 de marzo de 2020, por lo cual no pueden ser tenidos en cuenta para el estudio de la pensión de invalidez.

En lo que respecta al estudio de la prestación teniendo en cuenta la condición más beneficiosa, que permita la aplicación del Decreto 758 de 1990, tampoco se configura dada la fecha de la estructuración de la invalidez – 25 de septiembre de 2013-. Tampoco cumple los requisitos para la pensión de invalidez generada por enfermedad progresiva, degenerativa o congénita, ya que no acredita un mínimo de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

fecha de realización del dictamen, es decir, entre el 24 de junio de 2011 al 24 de junio de 2014.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio No. 485 del 15 de septiembre de 2022 (archivo 5 expediente digital), se procedió a efectuar la notificación en debida forma conforme lo dispuesto en la referida providencia (archivo 10, expediente digital) a la señora Ruth Ramírez, quien contestó la demanda.

2.5.1. Contestación de la señora Ruth Ramírez (archivo 11 expediente digital)

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda e indicó que sí cumple con el requisito de las 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez – 25 de septiembre de 2013 -, ya que su empleadora María Rosalba Betancur Rendón, identificada con C.C. 52.097.072, reportó pagos por los siguientes ciclos: del 2012-05 al 2012-12 y del 2012-11 al 2012-12 y del 2013-01 al 2013-12, pagos que realizó en el año 2015. Estos pagos fueron determinados por la entidad como ciclo doble, de los cuales se hizo referencia en la Resolución No. SUB 19545 del 26 de enero de 2022.

Indicó que la fecha de estructuración real fue antes de la fecha de su cirugía, porque el diagnóstico de cáncer de recto sigmoide fue dado a los 33 años y la cirugía se la realizaron el año 1999, es decir, a los 34 años. Su empleador Reyes Parra Efraín, con C.C. No. 17.028.076, reportó pagos por los siguientes ciclos: 01/10/1995 al 31/12/1995 y del 01/01/1996 al 31/12/1996, es decir que, si se tomara la fecha en que iniciaron las dolencias y se evidenció el cáncer sigmoide, la fecha real de estructuración sería 1998, fecha en la cual cumplía con el requisito de las 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, es decir, entre el año 1995 al año 1998.

En el evento que se tome la fecha de estructuración de la invalidez desde la fecha de la cirugía – 28 de abril de 1999-, si bien no tenía el requisito de las 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, la demandada siguió cotizando a pesar de sus dolencias y sus limitaciones como se puede observar en la historia laboral expedida por Colpensiones el 15 de junio de 2022.

Indicó que la Dirección de Medicina Laboral, mediante Radicado Interno No. 2022_5057797, solicitó a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez especificar si la enfermedad tuvo origen en una enfermedad degenerativa, a lo que se contestó: “*...Por lo anterior las deficiencias calificadas son de carácter crónicas progresivas...*”. Por ello, considera que es objeto de protección constitucional reforzada ya que la enfermedad que dio origen a la incapacidad fue un cáncer de colon sigmoide y sus deficiencias en la salud son progresivas y está catalogada dentro de las enfermedades catastróficas, según lo dispone el Artículo 5 de la Ley 972 de 2005 y los Artículos 45 y 66 del Acuerdo 29 de 2011 de la Comisión de Regulación en Salud.

2.6. PRUEBAS, FIJACIÓN DEL LITIGIO Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 3 de agosto de 2023 (archivo 22, expediente digital), el despacho tuvo como pruebas las aportadas por las partes, fijó el litigio en el presente asunto y corrió traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

Alegatos de la parte demandante: (archivo 25 expediente digital) reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

Alegatos de la parte demandada: (archivo 24 expediente digital) reiteró los argumentos expuestos en la contestación de demanda. Señaló que, actualmente, se encuentra en tratamiento con las especialidades de Oncología, Rehabilitación, Ginecología, Gastroenterología, Urología, Neurología, Neumología, Otorrinolaringología, Ortopedia y Traumatología, por lo cual el perder el estatus de pensionada por invalidez, quedaría sin afiliación a EPS y sin posibilidad de continuar con sus tratamientos.

Adujo que la Corte Constitucional ha determinado que a las personas que padecen una enfermedad progresiva, degenerativa o congénita no debe exigírseles los mismos requisitos

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

para el reconocimiento de una pensión de invalidez de origen no profesional y deben ser objeto de un tratamiento diferenciado o protección constitucional reforzada dada la progresividad de la enfermedad que padecen.

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se circunscribe a determinar si le asiste derecho a la entidad demandante a que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. SUB 178567 del 30 de julio de 2021 y SUB 19545 del 26 de enero de 2022, que, respectivamente, reconocieron y ordenaron el pago de una pensión de invalidez y confirmaron el acto administrativo de reconocimiento en favor de la demandada, RUTH RAMÍREZ, al considerar que se reconoció dicha prestación sin cumplir con los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones. De demostrarse lo anterior, se deberá determinar si es procedente la devolución de lo pagado del reconocimiento efectuado.

3.2. DEL FONDO DEL ASUNTO

Para resolver el problema jurídico planteado se efectuará, en primera medida, un recuento del material probatorio arrimado al plenario; posteriormente, se realizará un análisis normativo de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez establecida en la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones; y, finalmente, se resolverá lo correspondiente en el caso concreto.

3.2.1. Acervo probatorio

Del material probatorio arrimado al plenario, se destaca:

Se aportó al proceso el expediente administrativo de la señora Ruth Ramírez, del cual se extraen principalmente los siguientes documentos (archivo 7.1, expediente digital):

- Cédula de Ciudadanía de la señora Ruth Ramírez, donde consta que nació el 28 de octubre de 1965 (archivo 1120120710S01017002320003A del archivo 7.1 expediente digital).
- Auto de pruebas No. APDPE 97 del 29 de abril de 2022 (archivo GCE-AUT-AP-2021_9748678_2-20220429103727 del archivo 7.1 expediente digital), mediante el cual se requirió a la señora Ruth Ramírez para que allegara autorización para revocar la Resolución la Resolución No. SUB 178567 del 30 de julio de 2021, confirmada mediante Resolución No. SUB 19545 del 26 de enero de 2022 en el que se indicó que:

“(…) Ahora bien, se ha necesario precisar que el pago de los ciclos de 201211 a 201312 fue realizado por el empleador CORREDOR CABRERA JANETH, con NIT 39.781.504, el día 19 de marzo de 2015, es decir, en fecha posterior a la estructuración de la invalidez, y se volvieron a pagar mediante cálculo actuarial el día 31 de marzo de 2020, lo cual es contrario a lo indicado en la Circular 01 de 2012 y al Concepto 2015_4957195 (…)

Que se procedió a efectuar el estudio de la prestación teniendo en cuenta como fecha de estructuración la señalada en el dictamen de invalidez, es decir, el 25 de septiembre de 2013 encontrando que el asegurado entre 25 de septiembre de 2010 y el 25 de septiembre de 2013 no acredita las 50 semanas de cotización en los últimos 3 anteriores a la estructuración de la invalidez, pues en este periodo solo se efectuaron 31 semanas de cotización, razón por la cual, no es procedente el reconocimiento de la prestación solicitada. (…)

Se hace necesario indicarle que no acredita el requisito anterior, en la medida en que no cotizó el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, equivalente a 975 semanas, por cuanto para el presente estudio, solo se tienen en cuenta 349 semanas cotizadas hasta el 12 de septiembre de 2012, fecha anterior a los pagos efectuados por mora patronal y por cálculo actuarial de los ciclos de 201211 a 201312, respectivamente. (…)

Que la condición más beneficiosa con aplicación del Decreto 758 de 1990, debe aplicarse únicamente cuando el siniestro (Fallecimiento o invalidez) es ocurrido en vigencia de la Ley 100 de 1993 plena, lo cual no ocurre en el presente caso, pues se reitera, su estructuración se

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

configuró el 25 de septiembre de 2013; en consecuencia, al no haber reunido el asegurado los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, para aplicarle el régimen anterior, es decir, el establecido en el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, no es posible efectuar el estudio de la condición más beneficiosa bajo los parámetros expuestos. (...)

Que así las cosas, y en aplicación al Concepto interno No. BZ_2014_10721634 de Pensión de invalidez generada por enfermedades progresivas, degenerativas o congénitas, emitido por la Gerencia Nacional de Doctrina de Colpensiones el día 26 de diciembre de 2014, se establece que la recurrente NO cumple con el requisito de acreditar un mínimo de 50 semanas cotizadas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de realización del Dictamen No: 51852237 del 24 de junio de 2014, fecha que para efectos del estudio de la pensión de invalidez por enfermedades progresivas, degenerativas o congénitas, es tomada como la de estructuración, y por ende, se puede concluir que dentro del lapso 24 de junio de 2011 al 24 de junio de 2014, la solicitante NO acredita las 50 semanas requeridas para acceder a la prestación. (...)

Que el pago de los ciclos de 201211 a 201312 fue realizado por el empleador CORREDOR CABRERA JANETH, con NIT 39.781.504, el día 19 de marzo de 2015, es decir, en fecha posterior a la estructuración de la invalidez, y se volvieron a pagar mediante cálculo actuarial el día 31 de marzo de 2020, lo cual podría ser contrario a lo indicado en la Circular 01 de 2012 y en el Concepto 2015_4957195. (...)

En virtud de lo anterior, se elevó consulta a la Dirección de Medicina Laboral con R.I. 2022_5057797, solicitando validar el dictamen No: 51852237 del 24 de junio de 2014 de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ, teniendo en cuenta que en el mismo no se especifica si la invalidez tuvo origen con una enfermedad degenerativa (...)"

- Resolución No. SUB 178567 del 30 de julio de 2021, por medio de la cual se reconoció la pensión de invalidez a la señora Ruth Ramírez (archivo GEN-ANE-CM-2021_6451360-20210806040016 del archivo 7.1 expediente digital).
- Resolución No. DPE 8276 del 5 de julio de 2022, por medio de la cual no se accedió a las pretensiones del recurso interpuesto contra la Resolución No. SUB 178567 del 30 de julio de 2021 (archivo GEN-ANE-CM-2022_8876863-20220707101710 del archivo 7.1 expediente digital).
- Dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 24 de junio de 2014, en el que consta una pérdida de la capacidad laboral del 50.22%, con fecha de estructuración 25 de septiembre de 2013, en el que se estudiaron los diagnósticos por tumor maligno del intestino parte no especificada, procedimiento quirúrgico no especificado, incontinencia fecal e incontinencia urinaria no especificada (archivo GEN-ANX-CI-2014_6128900-20140729125458 del archivo 7.1 expediente digital).
- Resolución No. SUB 19545 del 26 de enero de 2022, por medio de la cual se resolvió confirmar en todas sus partes la Resolución No. SUB 178567 del 30 de julio de 2021 (archivo GEN-DOA-DA-2022_8876863-20220701041805 del archivo 7.1 expediente digital).
- Reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado al 27 de abril de 2020, en el que consta un total de 406,86 semanas cotizadas por la señora Ruth Ramírez (archivo GEN-REQ-IN-2020_4249532-20200427062724 del archivo 7.1 expediente digital).

3.2.2. Régimen normativo de la pensión de invalidez

Mediante Decreto 3041 de 1966, "por el cual se aprueba el reglamento general del seguro social obligatorio de vejez, invalidez y muerte", se reguló la forma en que el Instituto de Seguros Sociales reconocería las pensiones por vejez, invalidez y muerte, el cual fue modificado por el Decreto 232 de 1984 y mediante el cual se precisaron los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Posteriormente, se expidió el Decreto 758 de 1990, que aprobó el Acuerdo 049 de 1990, norma que no modificó sustancialmente los requisitos para acceder al reconocimiento de la

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

pensión de invalidez. Sin embargo, en su Artículo 6° enlistó los requisitos para la obtención del reconocimiento pensional por invalidez, así:

“ARTÍCULO 6°. REQUISITOS DE LA PENSION DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

- a) Ser invalido permanente total o invalido permanente absoluto o gran invalido y,
- b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.”

Luego, se expidió la Ley 100 de 1993, norma que entró a regir a partir del 1° de abril de 1994. Dicha norma en su Artículo 38 determinó que una persona sería calificada como inválida, si la pérdida de la capacidad laboral correspondía al 50% o más, y en su Artículo 39 estableció los requisitos mínimos que debía cumplir un afiliado para el reconocimiento de la pensión de invalidez, dice la norma:

“**ARTÍCULO 38.** Estado de Invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50 % o más de su capacidad laboral.

ARTICULO 39. Requisitos para obtener la Pensión de Invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez;
- b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

PARAGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley.”

Posteriormente, se produjo una modificación a la Ley 100 de 1993 y se expidió la Ley 797 de 2003¹, norma que en su Artículo 11 determinó requisitos más exigentes para el reconocimiento de la pensión de invalidez. Dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1056 de 2003. Una nueva modificación a la Ley 100 de 1993 se produjo con la expedición de la Ley 860 de 2003², la cual en su Artículo 1° estableció los requisitos para la pensión de invalidez. Dice la norma:

Artículo 1°. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:

Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. **El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-428 de 2009.**

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. **El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-428 de 2009.**

¹ Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.

² Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Parágrafo 1. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria. **NOTA: Parágrafo 1° declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-020 de 2015.**

Parágrafo 2. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.

La norma antes mencionada fue objeto de análisis por la Corte Constitucional, quien, mediante Sentencia C-428 de 2009, declaró la inexecutable de la expresión “y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez”, ya que resultaba contrario al principio de no regresividad consagrado en el Artículo 48 de la Constitución y otros postulados de carácter internacional.

En tal sentido, dependiendo de la fecha en que se estructure la invalidez se deberá cumplir con alguna de las normas mencionadas anteriormente para poder acceder a la pensión de invalidez y los requisitos para ello.

3.3. DEL CASO CONCRETO

La entidad demandante afirmó que procedió con el reconocimiento de la pensión de invalidez a la señora Ruth Ramírez, por cuanto acreditó una pérdida del 50.22% de su capacidad labora, conforme al concepto emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, estructurada el 25 de septiembre de 2013 – Dictamen No. 51852237 del 24 de junio de 2014-. No obstante, no acreditó 50 semanas de cotización en los últimos 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez y en ese lapso solo cuenta con 180 días válidos que corresponden a 25 semanas. Por ello, no es procedente el reconocimiento de la prestación.

En tal sentido, vale la pena señalar que a la señora Ruth Ramírez le fue calificada una pérdida de la capacidad laboral del 50.22% conforme lo determinó por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en el Dictamen No. 51852237 del 24 de junio de 2014. Dicho dictamen señaló que la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral fue el 25 de septiembre de 2013. Dicha situación no fue controvertida por la entidad demandante en la demanda.

Ahora bien, conforme a las normas señaladas anteriormente, tanto la fecha de estructuración de invalidez, así como el porcentaje exacto de la pérdida de la capacidad laboral, constituyen elementos esenciales para determinar si una persona tiene o no derecho al reconocimiento de la prestación. En efecto, es a partir de la fecha de estructuración de la invalidez que se analiza si el asegurado cotizó o no el mínimo de semanas requeridas para el reconocimiento de la pensión de invalidez. Lo anterior, conforme los requisitos establecidos en el Artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que modificó el Artículo 39 de la Ley 100 de 1993 – norma vigente al momento de la estructuración de la invalidez de la señora Ruth Ramírez-.

Teniendo en cuenta que la fecha de estructuración de la invalidez de la señora Ruth Ramírez fue el 25 de septiembre de 2013, será esta fecha la que se debe tener en cuenta para efectos de determinar si dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a ésta cotizó 50 semanas.

De las pruebas aportadas al plenario se evidencia que la señora Ruth Ramírez tuvo cotizaciones desde el 18 de abril de 1990 al 31 de diciembre de 2013, para un total de 406.86 semanas cotizadas (archivo GEN-REQ-IN-2020_4249532-20200427062724 del archivo 7.1 expediente digital). En el periodo comprendido entre el 25 de septiembre de 2010 al 25 de septiembre de 2013³, presenta las siguientes cotizaciones:

³ Tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00321-00
Demandante: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
Demandado: RUTH RAMÍREZ

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

51852237	RAMIREZ	01/09/2008	30/09/2008	\$461.500	4,29	0,00	0,00	4,29
52097072	BETANCUR RENDON MARI	01/05/2012	31/07/2012	\$567.000	17,14	0,00	4,29	12,86
52097072	BETANCUR RENDON MARI	01/08/2012	31/10/2012	\$567.000	12,86	0,00	0,00	12,86
39781504	JANNETH CORREDOR CAB	01/11/2012	30/11/2012	\$575.000	4,29	0,00	4,29	0,00
52097072	BETANCUR RENDON MARI	01/11/2012	30/11/2012	\$567.000	4,29	0,00	0,00	4,29
39781504	JANNETH CORREDOR CAB	01/12/2012	31/12/2012	\$575.000	4,29	0,00	4,29	0,00
52097072	BETANCUR RENDON MARI	01/12/2012	31/12/2012	\$170.000	4,29	0,00	0,00	4,29
39781504	JANNETH CORREDOR CAB	01/01/2013	31/01/2013	\$590.000	4,29	0,00	0,00	4,29
39781504	JANNETH CORREDOR CAB	01/02/2013	28/02/2013	\$590.000	4,29	0,00	0,00	4,29
39781504	JANNETH CORREDOR CAB	01/03/2013	31/03/2013	\$590.000	4,29	0,00	0,00	4,29
39781504	JANNETH CORREDOR CAB	01/04/2013	30/04/2013	\$590.000	4,29	0,00	0,00	4,29
39781504	JANNETH CORREDOR CAB	01/05/2013	31/05/2013	\$590.000	4,29	0,00	0,00	4,29
39781504	JANNETH CORREDOR CAB	01/06/2013	30/06/2013	\$590.000	4,29	0,00	0,00	4,29
39781504	JANNETH CORREDOR CAB	01/07/2013	31/07/2013	\$590.000	4,29	0,00	0,00	4,29
39781504	JANNETH CORREDOR CAB	01/08/2013	31/08/2013	\$590.000	4,29	0,00	0,00	4,29
39781504	JANNETH CORREDOR CAB	01/09/2013	30/09/2013	\$590.000	4,29	0,00	0,00	4,29

Como se puede evidenciar, en el periodo comprendido entre el 25 de septiembre de 2010 al 25 de septiembre de 2013 acreditó 72 semanas de cotización, es decir, más de las 50 semanas de cotización establecidas en el Artículo 1º de la Ley 806 de 2003.

En cuanto a la afirmación de la entidad demandante respecto a que no puede tener en cuenta los aportes de los ciclos 201211 a 201312 por mora en el pago por parte del empleador, es preciso señalar que la Corte Constitucional ha señalado que las administradoras de pensiones tienen la obligación de custodia, conservación y guarda de la historia laboral y los documentos que resulten indispensables para el reconocimiento de las prestaciones, ya que esta es la forma en que se garantiza al afiliado la posibilidad de acceder a la prestación que aspira y tener los datos precisos que consolidan los esfuerzos que hizo durante su vida laboral en procura de pensionarse. Por ello, no puede ser una carga imputable al trabajador⁴.

Así mismo, la mencionada Corporación, en Sentencia T-241 de 2017, señaló:

“4.7. Teniendo en cuenta los deberes que corresponde asumir tanto al empleador, como a la administradora de pensiones, para garantizar el traslado de los aportes a pensión y en consideración a que el legislador estableció herramientas jurídicas para el cumplimiento de los mismos, la jurisprudencia constitucional, en casos similares a los que ocupa la atención de la Sala Novena de Revisión, ha establecido la imposibilidad de trasladarle a los afiliados del Sistema General de Pensiones las consecuencias derivadas de la mora del empleador en el pago de los aportes. Por lo tanto, no puede negarse el reconocimiento de una pensión sobre el supuesto de que las cotizaciones no se han efectuado, pues lo mismo, *“equivaldría a trasladarle a la parte más débil de la relación tripartita de la que participan los trabajadores, los empleadores y las administradoras de pensiones las consecuencias de la negligencia de quienes, en contrapartida, ostentan la posición más fuerte”*⁵”.

También, en la Sentencia T-065 de 2020, la Corte Constitucional, en cuanto a la mora del empleador en el pago de los aportes, señaló que ante la negligencia o inoperancia de la administradora pensional, esta asume la responsabilidad y no puede trasladarle sus efectos al trabajador, el cual está amparado por los principios de buena fe y confianza legítima⁶. En efecto, el trabajador no cuenta con la capacidad jurídica para obligar al pago, además de que se constituye en el eslabón más débil de la relación laboral, siendo la mora ajena a su voluntad.

En las anteriores condiciones, el despacho considera que la entidad actora no probó la inconsistencia que alegaba respecto de los actos administrativos demandados, por lo expuesto. Máxime, si se tiene en cuenta que, al momento de expedirse la Resolución No. SUB 178567 del 30 de julio de 2021, los ciclos 201211 a 201312 que estaban en mora por parte del empleador JANETH CORREDOR CABRERA, ya habían sido cancelados, pues el pago fue el

⁴ Sentencia T-482 de 2012

⁵ Sentencia T-079 de 2016 MP Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶ Al respecto, puede consultarse las sentencias: T-399 de 2016 (Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-079 de 2016 (Luis Ernesto Vargas Silva) y T-526 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa).

Expediente: 11001-3342-051-2022-00321-00
Demandante: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
Demandado: RUTH RAMÍREZ

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

19 de marzo de 2015 (archivo GEN-REQ-IN-2018_11684538-20191022013227 del archivo 7.1 expediente digital).

En consecuencia, la presunción de legalidad de la cual gozan no fue desvirtuada por la entidad demandante y se impone negar las pretensiones de la demanda.

Teniendo en cuenta que no se accedió a la pretensión relacionada con la nulidad de los actos acusados, por sustracción de materia, el despacho no se pronunciará con relación a la súplica de restablecimiento. Y si, en gracia de discusión, se hubiere aceptado que el acto acusado estaba viciado de nulidad, el despacho no evidencia que la parte actora hubiere probado la mala fe de la señora Ruth Ramírez, para así ordenar la devolución de los dineros que ha recibido por el reconocimiento pensional que solicitó la entidad demandante.

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO.- No se condena en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente.

CUARTO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

Lkgd

notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co
paniaguacohenabogadossas@gmail.com
paniaguabogota1@gmail.com
paniaguabogota4@gmail.com
nsbejarano78@hotmail.com
janavi5@yahoo.com
janaviamorcho@gmail.com

Firmado Por:

Norberto Apolinar Mendívelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **ff4a4d5f65738f06b4076c3b6264862185de3c8ffa8b97c177792875eb41aec2**

Documento generado en 27/09/2023 08:35:30 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Auto Int. No. 496	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00358-00
Demandante:	MARLENY SÁNCHEZ CUELLAR
Demandado:	CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR
Litisconsortes:	LUJZ ARGENIDA MARTÍNEZ RUEDA Y MARÍA DEL CARMEN MOSQUERA RINCÓN
Decisión:	Auto de remisión para acumulación de procesos

Revisado el expediente, se advierte que a través de auto de 21 de julio de 2023 (archivo 19 expediente digital) se ordenó requerir al Juzgado 4.º Administrativo del Circuito de Bucaramanga para que allegara al proceso, copia de la demanda y anexos que obran dentro del expediente de radicación No. 68001-3333-004-2022-00170-00, demandante: MARÍA DEL CARMEN MOSQUERA RINCÓN, demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL.

Lo anterior, en aras de verificar una eventual acumulación procesal, teniendo en cuenta que en el caso estudiado la señora MARLENY SÁNCHEZ CUELLAR solicitó la nulidad de la Resolución No. 4112 del 6 de mayo de 2022, por medio del cual la demandada suspendió el trámite del reconocimiento de la sustitución pensional de la actora y las señoras LUZ ARGENIDA MARTÍNEZ RUEDA y MARÍA DEL CARMEN MOSQUERA RINCÓN, respecto del causante DIÓGENES DUARTE RIVEROS, quien en vida se identificó con C.C. 5.688.036 (archivo 2 expediente digital).

Por su parte, el Juzgado 4.º Administrativo del Circuito de Bucaramanga, atendiendo al requerimiento, remitió copia de la demanda y anexos del proceso No. 68001333300420220017000, en el cual se observa que la señora MARÍA DEL CARMEN MOSQUERA RINCÓN, actuando a través de apoderado, solicitó la nulidad de la Resolución 4112 de 6 de mayo de 2022 que resolvió suspender el trámite de sustitución pensional del causante DIÓGENES DUARTE RIVEROS, quien en vida se identificó con C.C. 5.688.036 (archivo 22 expediente digital)

Ahora bien, analizadas las demandas formuladas ante este despacho y el Juzgado 4.º Administrativo de Bucaramanga, se evidencia que lo procedente es la acumulación de procesos, de conformidad con lo previsto en los Artículos 148 y 149 del Código General del Proceso - aplicables por remisión expresa del Artículo 306 del C.P.A.C.A.-, los cuales son del siguiente tenor literal:

“Artículo 148. Procedencia de la acumulación en los procesos declarativos. Para la acumulación de procesos y demandas se aplicarán las siguientes reglas:

1. Acumulación de procesos. De oficio o a petición de parte podrán acumularse dos (2) o más procesos que se encuentren en la misma instancia, aunque no se haya notificado el auto admisorio de la demanda, siempre que deban tramitarse por el mismo procedimiento, en cualquiera de los siguientes casos:
 - a) Cuando las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda.
 - b) Cuando se trate de pretensiones conexas y las partes sean demandantes y demandados recíprocos.
 - c) Cuando el demandado sea el mismo y las excepciones de mérito propuestas se fundamenten en los mismos hechos.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00358-00
Demandante: MARLENY SÁNCHEZ CUELLAR
Demandado: CASUR
Litisconsorte: LUZ ARGENIDA MARTÍNEZ RUEDA Y MARÍA DEL CARMEN MOSQUERA RINCÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2. Acumulación de demandas. Aun antes de haber sido notificado el auto admisorio de la demanda, podrán formularse nuevas demandas declarativas en los mismos eventos en que hubiese sido procedente la acumulación de pretensiones.

3. Disposiciones comunes. Las acumulaciones en los procesos declarativos procederán hasta antes de señalarse fecha y hora para la audiencia inicial.

[...]”

Artículo 149. Competencia. Cuando alguno de los procesos o demandas objeto de acumulación corresponda a un juez de superior categoría, se le remitirá el expediente para que resuelva y continúe conociendo del proceso. **En los demás casos asumirá la competencia el juez que adelante el proceso más antiguo, lo cual se determinará por la fecha de la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo al demandado, o de la práctica de medidas cautelares.”** (Resaltado fuera de texto).

Descendiendo al asunto bajo estudio, se desprende que corresponde la acumulación de procesos pues: i) no se ha fijado fecha para la celebración de la audiencia inicial; ii) las pretensiones de ambas demandas están dirigidas a la anulación de la Resolución No. 4112 del 6 de mayo de 2022, por medio del cual la demandada suspendió el trámite del reconocimiento de la sustitución pensional respecto del causante DIÓGENES DUARTE RIVEROS, quien en vida se identificó con C.C. 5.688.036; y iii) la entidad demanda es la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR.

Así las cosas, toda vez que las pretensiones invocadas guardan conexidad en cada uno de los procesos, en la medida que el fallo que se profiera podría incidir en la legalidad de la Resolución identificada previamente y en atención a que el proceso que cursa en el Juzgado 4.º Administrativo de Bucaramanga se admitió el 18 de agosto de 2022, se notificó personalmente el 20 de octubre de 2022 y el proceso que cursa en este juzgado se notificó el 3 de mayo de 2023 (archivo 14 expediente digital), se ordenará remitir el presente proceso -051-2022-00358- a la autoridad judicial en comento, para su respectiva acumulación.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

RESUELVE

Por Secretaría, **REMITIR** el presente proceso al Juzgado Cuarto (4.º) Administrativo de Bucaramanga, con el objeto de que sea acumulado al expediente No. 68001-3333-004-2022-00170-00, formulado por la señora MARÍA DEL CARMEN MOSQUERA RINCÓN, a través de apoderado en contra de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

DVP

luzga35@gmail.com
abjudic.abogados@gmail.com
judiciales@casur.gov.co
rprieto.gamas@hotmail.com
soniaissa1987@gmail.com
povedavillanova@gmail.com
ctrujillo89@outlook.com
christian.trujillo390@casur.gov.co

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **8ea9dfaac14449d82f57a79e752f003a655007ebe3f86ccb4da7d9158e47e282**

Documento generado en 27/09/2023 08:35:31 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Auto Sust. No. 599	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00361-00
Demandante:	ÁNGEL ANTONIO TAPIA ARIZA
Demandado:	NACIÓN-MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL
Decisión:	Auto de obediencia a lo resuelto por el superior

Observa el despacho que el expediente de la referencia proviene de la Sección Segunda, Subsección “D”, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el Oficio No. 715 ISP/2023 del 14 de septiembre de 2023 (MCautelar, archivo 18 expediente digital).

Por otro lado, se evidencia la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 31 de agosto de 2023 (MCautelar, archivo 16 expediente digital), que resolvió confirmar el auto proferido el 9 de febrero de 2023 por este estrado judicial que negó la medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado (MCautelar, archivo 9 expediente digital).

De esa forma, este despacho procederá a obedecer y cumplir lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, M.P. ISRAEL SOLER PEDROZA, en providencia del 31 de agosto de 2023.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

RESUELVE:

OBEDEZCASE Y CÚMPLASE lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, M.P. ISRAEL SOLER PEDROZA, en providencia del 31 de agosto de 2023.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

SB

angeltapiaariza@hotmail.com
notificacionesjudiciales@minagricultura.gov.co
alejandra.aguilar@litigando.com
maguilarsarmiento@gmail.com

Firmado Por:

Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon

Juez Circuito

Juzgado Administrativo

51

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: **56a470499648f5e3f010d064606ccdeffa22793a7b98de1767328f5279c8ffdb**

Documento generado en 27/09/2023 08:35:31 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Auto Sust. No. 602	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00368-00
Demandante:	LIZARDO YEPES MARULANDA
Demandado:	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA
Decisión:	Auto que corre traslado para alegar de conclusión

De conformidad con lo ordenado en el decreto de pruebas en la audiencia inicial llevada a cabo el 14 de abril de 2023 (archivo 14 expediente digital), las declaraciones recibidas en la audiencia de pruebas del 5 de mayo de 2023 (archivo 20 expediente digital) y las pruebas documentales aportadas (archivo 18 expediente digital), observa el juzgado que se han recaudado las pruebas decretadas.

Se advierte que, ante la imposibilidad de acopiar las documentales faltantes -pese a los requerimientos del despacho-, emerge la necesidad de correr traslado de alegatos en esta oportunidad para posteriormente fallar con el material probatorio obrante.

Por consiguiente, y en atención a lo previsto en el inciso final del Artículo 181 del C.P.A.C.A, este despacho dispondrá el término común de diez (10) días, para que las partes formulen por escrito sus alegatos de conclusión y para que el Ministerio Público emita concepto -si a bien lo tiene-.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

R E S U E L V E

PRIMERO.- CORRER TRASLADO para la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación por estado de la presente providencia. En la misma oportunidad señalada para alegar, podrá el Ministerio Público presentar el concepto -si a bien lo tiene-.

SEGUNDO.- Cumplido lo anterior, ingrese el expediente al despacho para continuar el trámite procesal.

TERCERO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

DVP

guillermojutinico@gmail.com
lizardoyepesm@hotmail.com
servicioalciudadano@sena.edu.co
judicialdistrito@sena.edu.co
lrrodriguezb@sena.edu.co
olvipersa@gmail.com

Expediente: 11001-3342-051-2020-00368-00
Demandante: LIZARDO YEPES MARULANDA
Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: 2108565b3c1b1049b911d21ec537447f552f454444d71734abede8d3f7e8463f

Documento generado en 28/09/2023 11:08:41 AM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA No. 224	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00378-00
Demandante:	YENNY MARCELA AMAYA MAHETE
Demandado:	DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE INTEGRACIÓN SOCIAL
Decisión:	Sentencia que accede parcialmente a las pretensiones de la demanda
Tema:	Contrato realidad

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar SENTENCIA de PRIMERA INSTANCIA dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Yenny Marcela Amaya Mahete, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 1.019.070.298, contra el Distrito Capital- Secretaría de Integración Social.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 1 a 40, archivo 2 expediente digital):

La demandante solicitó la nulidad del Oficio No. S2022 121457 del 6 de septiembre de 2022, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales a la demandante como consecuencia de la existencia de un contrato realidad.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se declare la existencia de la relación laboral desde el 24 de julio de 2013 hasta el 7 de julio de 2022 como maestra – docente de educación inicial, y que se condene a la entidad a: i) pagar cesantías, intereses a las cesantías, primas semestrales, primas de servicio, primas de navidad, vacaciones compensadas en dinero, primas de vacaciones, primas de antigüedad, bonificación por servicios y de recreación, y demás emolumentos legales devengados por un empleado de la planta administrativa de la SDIS, liquidados sobre el ingreso base de los honorarios de cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos o sobre la base de los honorarios base recibidos en el último contrato, según correspondan por cada concepto; ii) consignar al fondo de pensiones al que se encuentre afiliada la demandante el valor de los aportes correspondientes al empleador dejados de cotizar mes a mes, sobre el IBC correspondiente al valor de los honorarios de cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos, y se condene a la demandada a devolver a la demandante el valor pagado en exceso respecto de la cuota parte correspondiente al empleado por el mismo concepto; iii) condenar en costas a la parte accionada; y iv) dar cumplimiento conforme lo dispuesto en los Artículos 187, 189, 192 y 195 del CPACA.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, el apoderado del extremo activo adujo que la Secretaría Distrital de Integración Social, en desarrollo de su función misional, suscribió con la demandante contratos para la prestación del servicio docente de tiempo completo en los jardines infantiles oficiales del Distrito Capital para la atención integral a la primera infancia desde el 24 de julio de 2013 hasta el 7 de julio de 2022, los cuales se llevaron a cabo bajo una subordinación continua a través del acatamiento de instrucciones directas de las de las maestras profesionales, coordinadoras, referentes de Infancia, subdirectores locales y demás funcionarios directivos de la Subdirección para la Infancia y Adolescencia de la SDIS, supeditando la prestación de sus servicios a los reglamentos, lineamientos y directrices dictados y modificados por la SDIS en conjunto con la Secretaría de Educación del Distrito-SED.

Señaló que la demandante debía sujetar la prestación de sus servicios al horario de atención de

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

las instituciones educativas, y por la protección especial que les asiste a los niños destinatarios del servicio, estaba en imposibilidad fáctica de ausentarse de la institución, obligándose así a permanecer, no solo dentro del horario de operación del jardín, sino hasta tanto los padres de familia o responsables recogieran al último niño bajo su responsabilidad.

Agregó que, frente a la ejecución de los contratos, la demandante carecía de independencia técnica y administrativa, ya que sus obligaciones estaban sometidas permanentemente a las directrices e inspección y vigilancia de las diferentes autoridades y funcionarios del nivel local y central de la SDIS.

Señaló que en el Manual Específico de Funciones y Competencias de la entidad demandada se encuentra el empleo de instructor código 313 grado 05, el cual tiene funciones muy similares a las determinadas en el objeto contractual que desarrolló la demandante por más de ocho años.

Por otro lado, afirmó que, con ocasión de la vinculación de las maestras a través de contratos de prestación de servicios y la creación de los 569 empleos de la planta temporal de maestras, la Secretaría de Educación del Distrito y la Secretaría Distrital de Integración Social suscribieron los Convenios Interadministrativos No. 1142 del 21 de enero de 2015, 10528 del 31 de mayo de 2016, 5863 del 31 de marzo de 2017, Convenio marco 8497 del 9 de octubre de 2017 y Derivado 8510 del 10 de octubre de 2017, pretendiendo así justificar la inexistencia de la relación laboral, dar apariencia legal a los contratos de las maestras y a la creación de una planta temporal que no atiende los lineamientos previstos en la Ley General de Educación.

Indicó que la Secretaría de Educación del Distrito, como cabeza del sector de la educación en Bogotá, expidió las Resoluciones 1990 del 31 de octubre de 2014, 1860 del 14 de octubre de 2015, 1974 del 31 de octubre de 2016, 2048 del 27 de noviembre de 2017 y 2054 del 23 de octubre de 2018, a través de las cuales establece el calendario escolar para cada vigencia de las instituciones educativas oficiales, en los que se programan las vacaciones de los directivos docentes y docentes, fechas en las que dejan de operar los jardines infantiles y que coinciden con las suspensiones que cada año se hace a los contratos de prestación de servicios de las maestras “NO LABORALIZADAS”, lo que implica, además de otra característica de la subordinación, la desnaturalización de los contratos de prestación de servicios, en tanto las maestras salen a vacaciones no remuneradas con la suspensión del servicio de manera forzosa.

Por otro lado, señaló que mediante petición del 26 de agosto de 2022 solicitó el reconocimiento de la existencia del contrato realidad y el pago de acreencias laborales, el cual fue negado por la entidad demandada mediante el Oficio con Radicado No. S2022 121457 del 6 de septiembre de 2022.

2.3. NORMAS VIOLADAS

Constitución Política: preámbulo Artículos 1, 2, 4, 6, 12,13, 25, 29, 48, 53 y 125.

- Decreto 2400 de 1968.
- Decreto Ley 3074 de 1968.
- Decreto 1950 de 1973.
- Ley 60 de 1993: Artículo 6.
- Ley 100 de 1993: Artículo 22.
- Ley 115 de 1994: Artículos 105 y 107.
- Ley 734 de 2002: Artículo 48.
- Ley 790 de 2002.
- Ley 909 de 2004.
- Decreto 626 de 2008: Artículo 17.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Adujo que la entidad demandada ha vinculado de forma continua y permanente a personal docente-contratista para la atención de servicios de educación inicial en el marco de la atención integral de primera infancia, cumpliendo así con funciones propias de su misionalidad, lo que resulta completamente violatorio del presupuesto normativo contenido en los Artículos 105 y 107 de la ley 115 de 1994 (Ley General de Educación), puesto que estas normas establecen las condiciones de vinculación al servicio educativo y la prohibición expresa a vincular personal docente por fuera de la planta aprobada por la entidad territorial.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Adujo que la dicha vinculación contractual resulta violatoria, no solo de normas de carácter legal, sino también de principios y derechos fundamentales de orden constitucional, incluidos el principio de la buena fe y el derecho fundamental de igualdad, toda vez que la entidad, conociendo la naturaleza de la labor docente y específicamente la definición legal contenida en el Artículo 115 de la Ley General de Educación, así como la reglamentación que ello conlleva, contrata servicios profesionales y técnicos de personas naturales a quienes se les pretende dar una aparente autonomía, para atender un servicio propio de su misionalidad y que por su naturaleza misma resulta imposible de prestar en forma autónoma y no subordinada, por lo cual el acto demandado, al negar lo solicitado por la demandante, fue falsamente motivado.

Igualmente, refirió que las condiciones objetivas que sostienen la subordinación continua están dadas por la obligación al cumplimiento del horario de trabajo en la ejecución de sus funciones, las cuales se desarrollaban de forma permanente al interior de la institución educativa. Lo anterior no es causa exclusiva del cumplimiento de las instrucciones impartidas por el superior jerárquico, dado que también emana del cumplimiento de los deberes y prohibiciones legales a los que está sometido el maestro, mediante los cuales no le es permitido abandonar o suspender sus labores durante la jornada de trabajo sin justa causa o sin autorización previa de sus superiores, conforme al Decreto 1278 de 2002.

Adujo que las funciones realizadas por la demandante al interior de los jardines infantiles de la demandada siempre fueron las de maestra – docente y, por lo tanto, le es aplicable la presunción de subordinación.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (archivo 12 expediente digital):

Admitida la demanda mediante auto del 27 de octubre de 2022 (archivo 5 expediente digital), y notificada en debida forma, conforme lo dispuesto en el referido auto admisorio (archivo 11 expediente digital), el Distrito Capital- Secretaría de Integración Social presentó escrito de contestación en el que solicitó fueran negadas las pretensiones de la demanda.

Así mismo, afirmó que de la documentación aportada por la parte actora no se logra constatar el elemento subordinación o dependencia; por ende, no hay configuración a la figura de contrato de trabajo.

Propuso como excepciones de mérito las siguientes:

1. **Legalidad del contrato de prestación de servicios:** entre la demandante y la Secretaría de Integración Social se suscribieron contratos de prestación de servicios, en virtud de los cuales la demandante desarrolló el objeto contractual de manera independiente y autónoma, contratos regidos por la Ley 80 de 1993.
2. **Inexistencia del contrato realidad:** en el presente asunto no se cumplen los requisitos para que se de aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas. En el presente asunto no se encuentran demostrados los elementos constitutivos de la relación laboral.
3. **Inexistencia de las obligaciones reclamadas:** la entidad demandada ha obrado bajo el principio de la buena fe derivada de la suscripción de los contratos de prestación de servicios con la demandante.
4. **Cobro de lo no debido:** indicó que la entidad canceló el valor correspondiente a los honorarios causados, derivados de la ejecución de los contratos de prestación de servicios, sin que a la fecha exista obligación pendiente de pago y respecto de los cuales ha efectuado los descuentos exigidos por la Ley.
5. **Prescripción:** manifestó que, como la demandante pretende el reconocimiento de derechos laborales derivados de un contrato realidad, debe tenerse en cuenta las reglas de la prescripción de los derechos laborales de los trabajadores públicos y los trabajadores oficiales, según lo dispuesto en el Artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y el Artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- 6. **No se configura derecho al pago de suma alguna ni indemnización:** a la demandante no le corresponde pago alguno, tampoco algún tipo de indemnización.
- 7. **Buena fe:** la entidad actuó siempre con transparencia, rectitud y buena fe.
- 8. **Compensación:** solicitó tener en cuenta los pagos efectuados por la entidad y se compense frente a una posible condena.

2.6. AUDIENCIA INICIAL

La audiencia inicial prevista en el Artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 se instaló el 21 de julio de 2023, como consta en el archivo 15 del expediente digital, en desarrollo de la cual se saneó el proceso, se difirió la decisión sobre la excepción de prescripción para el momento del fallo, y una vez fijado el litigio, se procedió al decreto de las pruebas correspondientes y se señaló el día 25 de agosto de 2023 para la audiencia de pruebas.

2.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El 25 de agosto de 2023, se instaló la audiencia de práctica de pruebas (archivo 21 del expediente digital), en la cual se practicó la declaración de parte a la demandante, se recepcionaron los testimonios decretados y se corrió traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

Alegatos de la demandante (archivo 23 expediente digital): reiteró los argumentos expuestos en la demanda e insistió en la naturaleza de los servicios de los maestros que requiere la entidad demandada para operar los jardines infantiles; la entidad contrató a la demandante en un servicio permanente que de ninguna manera le permitió conservar grado alguno de autonomía para la ejecución de la labor encomendada, y por el contrario estuvo sujeta a una absoluta subordinación o dependencia.

Indicó que se demostró la existencia del contrato realidad y en el presente asunto no operó la prescripción, ya que la reclamación laboral se presentó dentro de los tres años siguientes a la finalización del último contrato.

Alegatos de la demandada: reiteró los argumentos expuestos en la contestación de demanda. Hizo énfasis en que no se demostraron los elementos constitutivos de la relación laboral. Señaló que en los contratos celebrados en periodo comprendido del 24 de julio de 2013 al 31 de marzo de 2019 operó el fenómeno de la prescripción ya que existen intervalos superiores a los 30 días hábiles. Solicitó negar las pretensiones de la demanda.

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se circunscribe a determinar si de la relación contractual existente entre la señora Yenny Marcela Amaya Mahete y el Distrito Capital-Secretaría de Integración Social se configuran los elementos necesarios para declarar la existencia del contrato realidad en el periodo comprendido del 24 de julio de 2013 al 7 de julio de 2022 y, como consecuencia de ello, acceder al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales, cotizaciones correspondientes al Sistema de Seguridad Social en pensión y las demás pretensiones de restablecimiento del derecho formuladas en la demanda.

3.2. DEL FONDO DEL ASUNTO

Para resolver el problema jurídico planteado, se efectuará en primera medida un recuento del material probatorio arrimado al plenario; posteriormente, un análisis normativo tanto a la luz del derecho internacional como del derecho interno y, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial, se resolverá lo correspondiente en el caso concreto.

Acervo probatorio

Del material probatorio arrimado al plenario, se destaca:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

1. Contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandante y la Secretaría de Integración Social (archivos 12.1 y 19.1 expediente digital):

No. Contrato	Fecha de inicio	Fecha de terminación	Objeto	Observaciones
6431-2013	24 de julio de 2013	Por 10 meses	Prestar los servicios como auxiliar pedagógico A en el desarrollo de los procesos tendientes a la implementación de los lineamientos pedagógicos y curriculares de la educación inicial en los jardines infantiles de la SDIS en la Subdirección Local para la Integración Social de Barrios Unidos - Teusaquillo, en el marco del proceso de atención integral a la primera infancia.	Prórroga por dos meses
10329-2014	7 de octubre de 2014	Por 84 días calendario	Prestar los servicios como auxiliar pedagógico A para la implementación de los lineamientos pedagógicos y curriculares de la educación inicial en las instituciones de educación inicial de la SDIS en el marco del proceso de atención integral para la primera infancia.	Suspensión de 21 días calendario (18 de diciembre de 2014 -7 de enero de 2015).
0417-2015	16 de enero de 2015	Por 8 meses	Prestar los servicios como auxiliar pedagógico A para la implementación de la educación inicial en el marco del proceso de atención integral para la primera infancia.	Prórroga por 113 días calendarios (suspensión del servicio del 21 de diciembre de 2015 al 13 de enero de 2016).
562-2016	1° de febrero de 2016	Por 8 meses	Prestar los servicios como auxiliar pedagógico A para la implementación de la educación inicial en el marco del proceso de atención integral para la primera infancia de la Secretaría Distrital de Integración Social.	Prórrogas hasta el 16 de diciembre de 2016
6789-2017	16 de agosto de 2017	Por 10 meses	“”	Suspensión de 33 días calendario (16 de diciembre de 2017 – 17 de enero de 2018).
7566-2018	1° de agosto de 2018	Por 5 meses	“”	Prórroga por 2 meses. Suspensión de 1 mes (15 de diciembre de 2018 – 14 de enero de 2019).
5161-2019	1° de abril de 2019	Por 9 meses	Prestar servicios para la atención integral a la primera infancia en el jardín infantil diurno de la Secretaría Distrital de Integración Social que le sea asignado.	Prórroga por 4 meses
2664-2020	27 de marzo de 2020	Por 150 días	“”	
10777-2020	4 de septiembre de 2020	Por 120 días	Prestar servicios para la atención integral a la primera infancia en el marco de la atención integral.	Prórroga por 59 días calendario. Suspensión de 17 días calendario (1° de enero de 2021 – 17 de enero de 2021)
7786-2021	8 de junio de 2021	Por 240 días	Prestar servicios profesionales para promover el desarrollo integral de la primera infancia en los servicios de educación inicial con enfoque de atención integral de la SDIS en el marco del sistema integral de cuidado.	Prórroga por 122 días. Suspensión de 1 mes (18 de diciembre de 2021 – 17 de enero de 2022).

2. Certificación emitida por la Subdirección de Contratación de la Secretaría Distrital de Integración Social, en donde consta que la demandante prestó sus servicios a dicha entidad, a través de los siguientes contratos de prestación de servicio (archivo Certificación YENNY MARCELA AMAYA MAHETE 1019070298 del archivo 12.1 expediente digital y págs. 58 a 71, archivo 2 expediente digital):

Contrato	Valor del contrato	Fecha de inicio	Fecha de terminación
2013-6431	\$11.696.000	24/07/2013	13/07/2014
2014-10329	\$3.373.160	7/10/2014	19/01/2015

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2015-417	\$11.304.000	20/01/2015	30/01/2016
2016-562	\$11.304.000	01/02/2016	02/03/2017
2017-6789	\$14.700.000	16/08/2017	17/07/2018
2018-7566	\$7.570.000	01/08/2018	31/03/2019
2019-5161	\$14.031.000	01/04/2019	31/01/2020
2020-2664	\$15.915.000	27/03/2020	26/08/2020
2020-10777	\$12.732.000	04/09/2020	20/03/2021
2021-7786	\$26.072.000	08/06/2021	07/07/2022

3. Derecho de petición radicado el 26 de agosto de 2022 ante la entidad demandada, mediante el cual se solicitó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales (págs. 43 a 51, archivo 2 expediente digital).

4. Oficio No. S2022 121457 del 6 de septiembre de 2022, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a la demandante, enviado por correo electrónico el 6 de septiembre de 2022 (págs. 52 a 57, archivo 2 expediente digital).

5. Resolución No. 0594 del 28 de marzo de 2016, “Por la cual se establece el horario y turnos de trabajo de los servidores/as de la Secretaría Distrital de Integración Social” (pág. 75 a 78, archivo 2 expediente digital).

6. Extracto de la Resolución No. 629 del 26 de junio de 2007, correspondiente al Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal de la Secretaría Distrital de Integración Social, en el que consta el empleo denominado instructor código 313 grado 09 (pág. 94 a 100, archivo 2 expediente digital) el cual tiene, entre otras, de las siguientes funciones:

- Elaborar planear, organizar y realizar las actividades pedagógicas del nivel de niños y niñas a cargo.
- Preparar y presentar informes de tipo pedagógico, dirigidos a las familias de los niños-as atendidos, a las instituciones educativas o de salud que lo requieran.
- Orientar a los niños y niñas atendidos en la construcción y desarrollo de hábitos nutricionales favorables a su crecimiento y salud.
- Organizar con los niños-as la decoración y adaptación de los espacios de trabajo pedagógico.
- Recibir y organizar papelería y material pedagógico con destino a los niños y niñas.

También consta el empleo denominado instructor código 313 grado 06, el cual tiene, entre otras, las siguientes funciones:

- Elaborar planear, organizar y realizar las actividades pedagógicas del nivel de niños y niñas a cargo.
- Elaborar el observador de seguimiento de cada uno de los niños y niñas a cargo para dar cuenta de su desarrollo necesidades y características.
- Preparar y presentar informes de tipo pedagógico, dirigidos a las familias de los niños-as atendidos, a las instituciones educativas o de salud que lo requieran.
- Desarrollar en niños y niñas hábitos de auto cuidado y convivencia, respetuosa pacífica y democrática, fomentado la vivencia de los derechos y la participación en la vida cotidiana.
- Recibir y organizar papelería y material pedagógico con destino a los niños y niñas.

7. Extracto de la Resolución No. 1387 del 10 de octubre de 2016, correspondiente al Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal de la Secretaría Distrital de Integración Social, en el que consta el empleo denominado instructor código 313 grado 05 (pág. 101 a 104, archivo 2 expediente digital) el cual tiene, entre otras, de las siguientes funciones:

- Organizar las actividades recreativas de los niños y niñas o grupo asignado, para incrementar su desarrollo social y mejora de la calidad de vida, en cumplimiento de las metas y objetivos institucionales de la Secretaría Distrital de Integración Social.
- Realizar el seguimiento y control a los registros, bases de información sobre la atención y bienestar de los niños, para contribuir con el logro de los objetivos y metas institucionales.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- Participar en los Comités Pedagógicos Institucionales, locales y en las jornadas pedagógicas mensuales, para fortalecer los programas y metas institucionales.
- Realizar los informes y documentos de tipo pedagógico que se requieran sobre el estado y avance de los grupos poblacionales a cargo, para dar cuenta de su desarrollo necesidades y características en cumplimiento de las metas y políticas institucionales.
- Promover prácticas de buen trato hacia los grupos poblacionales atendidos, reportando oportunamente las situaciones que atenten, amenacen o vulneren sus derechos, utilizando los conductos, protocolos y rutas establecidas por la entidad y las entidades competentes.

8. En desarrollo de la audiencia de pruebas que se llevó a cabo el 25 de agosto de 2023 (archivo 21 y 22 del expediente digital), se escuchó la declaración de parte a la señora **Yenny Marcela Amaya Mahete**, quien señaló que estuvo vinculada en la SDIS desde el 24 de julio de 2013 hasta el 7 de julio de 2022, mediante contratos de prestación de servicios, en jardines infantiles en la localidad de Barrios Unidos. Indicó que ingresó a la entidad como auxiliar pedagógica y quien decidía donde iba a quedar era el subdirector local junto con la referente local a cargo en ese momento. En los jardines infantiles de la entidad tenía un ingreso a las 7:00 a.m. y terminaba a las 5.00 p.m., por cuestiones extraordinarias podía ser hasta más tarde. Dijo que los elementos de los niños para higiene los suministraba la entidad, pero los implementos para la labor docente los tenía que comprar. Señaló que los coordinadores son los jefes directos para supervisión del contrato, calificaciones en los informes, cumplimiento de tareas, junto con los subdirectores y referentes locales. Todo lo que era cumplimiento de horario, planeaciones pedagógicas eran regidas bajo lineamientos, todo era orientado ya que como contratista no tenía autonomía para hacer las cosas, sino que todo estaba sujeto a lo que, de acuerdo con el proyecto pedagógico, tocaba cumplir. Dijo que no podía retirarse del jardín infantil porque si era por permiso, debía pasarlo con tres días de antelación, si era algo fortuito tocaba esperar la orden para retirarse porque tampoco se podían dejar los niños solos y se podía incurrir en el delito de abandono y negligencia con los niños y niñas, entonces nunca se tenía la autonomía para irse. Para ausentarse por diligencia o cita médica se debía pedir el permiso con antelación y mostrar los soportes para verificar que fuera cita médica y con especialista porque si era con médico normal les decían que las pidieran después de 5:00 p.m. o sábado o un día que no se viera afectado el servicio. Afirmó que era complejo tener que atender temas de salud. La entidad demandada programaba capacitaciones, en el mes tenía la jornada liberada mediodía y viernes jornada pedagógica de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. donde los instruían sobre los lineamientos y cosas que debían desarrollar y aparte reuniones extras después de terminar el servicio, 2 o 3 veces por semana, esas reuniones eran obligatorias y el no asistir lo tomaban como un incumplimiento y lo ponían en el informe y lo dejaban como observación, no era libre, se debía asistir. Conoció personal de planta – maestras y auxiliares pedagógicas-. Del 3 de marzo al 31 de agosto de 2017 no tuvo contrato por estar en la licencia de maternidad.

Se escuchó la declaración de la testigo **Leidy Waldina Castro Ramírez** quien señaló que es licenciada en pedagogía infantil y que fue vinculada con la entidad demandada mediante contratos de prestación de servicios desde junio de 2015 hasta abril de 2023. Sostuvo que conoce al demandante, ya que tuvo la oportunidad de trabajar con ella desde abril de 2019 hasta marzo de 2021, aproximadamente. Afirmó que compartió las mismas instalaciones con la demandante en el jardín infantil La Ciudad que Soñamos, que fue asignado por la Subdirección Local de Barrios Unidos. La demandante debía cumplir horario de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. más las labores extras que realizaban. Dijo que los elementos de la demandante eran suministrados por Integración Social y ocasionalmente los asumían, pero por lo general la entidad. Señaló que la demandante tenía un superior, era la coordinadora Claudia Conrado, quien impartía ordenes, además de las obligaciones y verificaba el cumplimiento de las mismas e instrucciones a realizar en la labor diaria. Indicó que la demandante no podía retirarse, debía ser previamente autorizado, no se podía salir en cualquier momento, para hacerlo (cita médica o cita personal) debía presentar el comprobante de la cita y avisar a la coordinadora para que ella dijera si se podía salir. Dijo que constantemente tenían capacitaciones – jornada liberal, jornada pedagógica, capacitaciones de cualificación, de lactancia materna, de primeros auxilios -, y eran obligatorias. Respondió que en el tiempo que estuvo con la entidad conoció personal de planta como maestras, quienes tenían las mismas funciones, pero la carga laboral era más ardua para contratistas, las de planta tenían todas las prestaciones, su horario era muy puntual, no se quedaban hasta más tarde. Señaló que, ocasionalmente, las llamaban fines de semana para actividades a nivel local o contingencias como gestión documental del jardín. A la apoderada de la entidad demandada respondió que su vinculación (la de la testigo) fue como contratista, compartió en ocasiones aula con la demandante porque fue maestra titular y la demandante la

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

acompañaba como auxiliar pedagógica. El horario se verificaba con la bitácora al ingresar al jardín y el guarda de seguridad marcaba la hora de ingreso y ellas firmaban, al salir se registraba la hora de salida, sólo funcionarios, los padres de familia no lo diligenciaban. Las ordenes que les daban eran el cumplir con el horario, llevar gestión documental, novedades, informes, activar pólizas, realizar socializaciones con padres de familias, salvaguardar los elementos, actividades pedagógicas con los niños, cumplir el proyecto pedagógico con la unidad operativa asignada. Estas actividades estaban estipuladas en las obligaciones contractuales. Dijo que la finalidad de las reuniones, a nivel local para capacitarlas y los cursos que debían cumplir para visitas de inspección y otras reuniones a nivel jardín y otras reuniones con la coordinadora. En el jardín que trabajaron no tenían convenio con Secretaría de Educación, sabe porque era la única unidad operativa de la localidad que no tenía convenio porque a los niños los atendían sus compañeras contratistas y una persona de planta. No sabe de llamados de atención a la demandante.

Se escuchó la declaración de la testigo **Yazmín Pinzón Vanegas** quien señaló que es técnico en el área de la salud en enfermería. Actualmente es asistente de PQR de la Alcaldía Mayor de Bogotá. Estuvo vinculada con la SDIS desde noviembre de 2013 hasta el 30 de julio de 2022, al principio como auxiliar de enfermería para atención a la primera infancia y después se desempeñó como auxiliar pedagógica desde el 2016, en el jardín infantil la Ciudad que Soñamos en la localidad de Barrios Unidos. Conoce a la demandante porque fueron compañeras, era auxiliar pedagógica y desarrollaban las mismas funciones. Al apoderado de la demandante respondió que el jardín donde fue compañera de la demandante se llama Jardín Infantil la Ciudad que Soñamos, se conocieron en abril de 2019 y la demandante se retiró como en marzo de 2021, el jardín era asignado por la referente de infancia y el subdirector local. Sabe que la demandante tenía horario asignado de ingreso, casi nunca de salida porque tenían otras actividades y el subdirector local les enviaba un correo indicando el horario para atención de las niñas y los niños. Los elementos eran suministrados, en algunas ocasiones, por la SDIS, pero en ocasiones sacaban para fotocopias y actividades pedagógicas y salía de su dinero. Dijo que la demandante tenía superior que era la referente de infancia, que era la coordinadora, quien le impartía ordenes, horario y sobre la prestación del servicio en sí. Dijo que la demandante no podía retirarse del jardín. Señaló que, para asistir a una cita médica o diligencia, era complejo y se debía pedir permiso con anterioridad, lo daban, pero tocaba pedirlo con anterioridad. Les daban capacitaciones de inducción y reinducción de puesto de trabajo que eran obligatorias. Afirmó que conoció personal de planta con las mismas funciones que la demandante y por ser de planta tenían más privilegios que ellas como contratistas. Dijo que prestaban servicios diferentes al objeto contractual y desde la Subdirección Local les hacían prestar el servicio de emergencia social o tropa social en comunidades cercanas a la localidad de Barrios Unidos, les tocaba presentarse sábados o domingos para prestar atención a población vulnerable y eso se salía del objeto contractual. A la apoderada de la entidad respondió que su vinculación fue como contratista, no ha presentado demanda contra la entidad. Dijo que el trámite para permisos era por correo electrónico, no estaba estipulado en alguna parte, solamente era referido y la responsable de la unidad operativa lo dejó por acta. Las órdenes que les daban eran por parte de la responsable de la unidad operativa, el subdirector local y la referente, eran muy enfáticos en la prestación del servicio, horario de ingreso, decían que no había hora de salida porque debían hacer gestión documental y demás cosas, también hacían cumplimiento sobre la emergencia o tropa social para prestación del servicio y todo lo referente a las acciones pedagógicas con los niños, planeaciones, activación de pólizas (pagar los gastos en caso de accidente de niños). Compartió la misma aula con la demandante porque eran auxiliares pedagógicas.

Del contrato realidad en el ámbito internacional

En este punto, es menester recordar que el Artículo 53 de la Carta Constitucional de 1991 establece la protección del trabajo y de los trabajadores, precisando principios mínimos fundamentales como: igualdad de oportunidades, remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, situación más favorable al trabajador, **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**, garantía de la seguridad social, entre otros; principios que no solo deben ser observados por el legislador al momento de expedir el estatuto del trabajo, sino que además deben ser acatados por la administración en condición de empleador.

Frente al principio de **primacía de la realidad sobre las formalidades**, la Recomendación Internacional del Trabajo No. 198 sobre la relación de trabajo adoptada por la OIT en 2006, señaló que la existencia de una relación de trabajo debe determinarse de acuerdo a los hechos

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, indistintamente de la manera en que se caracterice la relación y puntualmente precisó:

“(…)

13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador”. (Subrayado fuera de texto)

Son de resaltar los literales a y b del numeral 13 de la recomendación referida, en donde se señala que los indicios a tener en cuenta para declarar la existencia de una relación laboral pueden estar determinados por:

1. Que la labor se realice según las instrucciones y bajo el control de otra persona.
2. Que la prestación del servicio implica la integración del trabajador en la organización de la empresa.
3. Que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador.
4. Que debe desempeñarse dentro de un horario determinado.
5. Que se realice en el lugar indicado por quien solicita el trabajo, con cierta duración y continuidad.
6. Que requiere la disponibilidad del trabajador, suministrando herramientas, materiales y maquinaria por parte de la persona que requiere el trabajo.
7. El pago de una remuneración periódica al trabajador, que vendría a constituir su única y principal fuente de ingresos

Cabe recordar que, en la legislación colombiana, el Artículo 93 de la Constitución Política reconoce la importancia de tratados y convenios internacionales y los incluye como parte del llamado bloque de constitucionalidad y pese a que las recomendaciones de la OIT no tienen el mismo efecto vinculante que podría tener un convenio ratificado por el Estado colombiano, sí deben ser observadas y tenidas en cuenta para la interpretación y protección de derechos fundamentales.

Normativa interna y posición jurisprudencial

La Constitución Política ha establecido que por regla general los cargos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, excepto aquellos empleos de elección popular, de libre nombramiento y remoción y que desempeñen trabajadores oficiales; mientras que, por su parte, la Ley 80 de 1993 estableció en el numeral 3º del Artículo 32 la posibilidad utilizar contratos de prestación de servicios para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y estableció que dichos contratos solamente podrán celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, resaltando además que no generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebraran por el término estrictamente indispensable.

Sin embargo, se ha visto cómo la administración en sus diferentes niveles ha utilizado los contratos de prestación de servicios para cumplir funciones misionales de la entidad

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

desdibujando las formas propias de vinculación, razón por la cual la Corte Constitucional ha indicado que, siempre que se estructuren los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, este se entiende constituido en desarrollo y aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas, y ha señalado que la independencia y autonomía del empleado o contratista respecto de la entidad en donde presta sus servicios en una relación de prestación de servicios profesionales constituye pieza fundamental de esa situación. Así, se trae en cita lo previsto por esta Corporación en Sentencia C-154 de 1997, con ponencia del magistrado Hernando Herrera Vergara, por medio de la cual se estudió la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del numeral 3º del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que particularmente señaló:

*“...Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, **para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.***

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

*En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; **a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente**”.* (Resaltado fuera de texto).

Posteriormente, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C – 171 de 2012, fijó ciertos límites a la contratación estatal en defensa del derecho al trabajo, resaltando de manera especial que no puede utilizarse el contrato de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pero siendo enfática en precisar las condiciones que se configure ese criterio funcional, en los siguientes términos:

“5.5 En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (i) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (ii) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (iii) requieran de conocimientos especializados.

*En este sentido, esta Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. **Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente**, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren **(i) al criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”**¹; **(ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”**; **(iii) al criterio temporal o de habitualidad, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”**; **(iv) al criterio de***

¹ Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

excepcionalidad, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”; y (v) al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral”. (Resaltado fuera de texto)

Ahora bien, en cuanto a los elementos que debe demostrar la parte actora para que se declare configurada la relación laboral, el Consejo de Estado, en un caso similar al que aquí se debate, mediante sentencia del 2 de junio de 2016, con ponencia del consejero Luis Rafael Vergara Quintero, dentro del proceso No. 81001233300020120004301, señaló:

“Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la actora pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe acreditar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral”.

Adicionalmente, la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia del 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001, unificó algunos criterios relacionados con la prescripción extintiva del derecho y la forma en que ha de restablecerse el derecho en las demandas de contrato realidad y precisó que para que se entienda configurado el mismo deben concurrir los siguientes elementos:

“En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión”.

A su vez, en reciente sentencia de unificación de la Sección Segunda **SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021**, dentro del proceso con radicado 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), procedió a fijar las siguientes reglas de unificación respecto del contrato realidad, así:

“(i) La primera regla define que el concepto de «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.

(ii) La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente.

(iii) La tercera regla determina que frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal”.

En consecuencia, para que se declare la existencia de la relación laboral es necesario que la parte interesada despliegue una importante tarea probatoria a efectos de demostrar que se configuran tres elementos indispensables, a saber:

1. La prestación personal del servicio,
2. La remuneración, y
3. La subordinación o dependencia, siendo este último elemento el que encierra circunstancias como el cumplimiento de órdenes; la imposición de reglamentos; la permanencia en la entidad; la similitud con los funcionarios de planta la cual hace referencia al *criterio funcional* desarrollado por la Corte Constitucional y citado en precedencia y que implica la ejecución de labores correspondientes al ejercicio ordinario de las funciones de la entidad desarrolladas en las mismas condiciones del personal de planta, es decir, configurando los tres elementos de la relación laboral; la habitualidad que implica que la labor se desarrolle en el mismo horario que se desarrolla la relación laboral; un criterio excepcional, es decir que no haya sido contratada por conocimientos especializados o para una tarea transitoria que resulte necesario redistribuir por exceso de trabajo; y la continuidad que también atañe a desempeñar funciones de carácter permanente.

Del caso concreto

Efectuadas las anteriores precisiones, debe esta sede judicial entrar a analizar si la demandante logró probar la configuración de los elementos constitutivos del contrato realidad, como se sigue:

De la remuneración

Al expediente se allegó la Certificación emitida por la Subdirección de Contratación de la Secretaría Distrital de Integración Social en donde se evidencian los pagos efectuados a la demandante con ocasión de los contratos de prestación de servicios celebrados desde el año 2013 al año 2022, como contraprestación directa a los servicios prestados en la entidad demandada (archivo Certificación YENNY MARCELA AMAYA MAHETE 1019070298 del archivo 12.1 expediente digital y págs. 58 a 71, archivo 2 expediente digital), circunstancia que configura este elemento de la relación laboral.

Adicionalmente, en los contratos de prestación de servicios se indicó que el pago se efectuaría mensualmente², es decir que el pago se realizaba como contraprestación directa a los servicios prestados en la entidad demandada, circunstancia que configura este elemento de la relación laboral.

De la prestación personal del servicio

Está demostrado en el plenario que la demandante prestaba personalmente sus servicios, toda vez que se trata de una labor que no podía delegar, ya que era auxiliar pedagógico en jardín de la primera infancia que prestaba servicios de la Secretaría Distrital de Integración Social y por lo tanto era necesaria la presencia de la demandante, pues tenía a cargo la implementación de la educación inicial de la primera infancia. Así mismo, se advierte, conforme a lo señalado por la

² Ver Contrato No. 0417-2015, 6. FORMA DE PAGO (pág. 2, archivo 417-15 minuta del archivo 2015-417 del archivo 12.1 expediente digital).

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

demandante en su declaración de parte y por la testigo Leidy Waldina Castro Ramírez, la demandante cumplía un horario aproximadamente desde las 7:00 a.m. hasta las 5:00 p.m.

De la subordinación

Aunque para declarar configurada la relación laboral es necesario que la parte interesada demuestre de manera fehaciente que se reúnen los tres elementos antes señalados, **la subordinación** resulta ser el más importante, porque reúne varios aspectos a saber:

1. El cumplimiento de órdenes y reglamentos: al respecto, se encuentra que las testigos en sus declaraciones afirmaron que la demandante debía cumplir con las órdenes dadas por la referente de infancia y la coordinadora, de quienes recibía las indicaciones acerca del trabajo a realizar.

En los contratos de prestación de servicios suscritos se pactó como objeto que se prestarían los servicios para la atención integral a la primera infancia en el jardín infantil que le fuera asignado³. Adicionalmente, debía atender los lineamientos conceptuales, metodológicos y operativos, así como los procesos de fortalecimiento técnico de la entidad demandada.

2. Permanencia en la entidad: de la mano con lo expuesto en el numeral anterior, es evidente que la demandante debía permanecer en la entidad demandada por lo menos durante el horario de trabajo asignado; no le fue permitido coordinar la ejecución del objeto contractual por fuera de los horarios establecidos ni en otro sitio diferente a las instalaciones del jardín infantil que le fuera asignado. Igualmente, conforme a los testimonios recepcionados, se desprende que la demandante debía permanecer en el jardín infantil de la Secretaría Distrital de Integración Social aproximadamente desde las 7:00 a.m. a 5:00 p.m., ya que tenía a su cargo la atención de niños y niñas, por lo que no le era permitido realizar sus funciones en otro sitio diferente a las dependencias del jardín.
3. Similitud con los funcionarios de planta / funciones del giro ordinario de la empresa: al expediente se allegó el manual específico de funciones y competencias de la entidad demandada donde consta que existe el empleo de instructor código 313 grado 09, instructor código 313 grado 06⁴ e instructor código 313 grado 05⁵, cuyas funciones se relacionaron anteriormente; de igual forma, según el objeto contractual, las actividades desarrolladas por la demandante como contratista eran, entre otras, las de: apoyar la implementación del proyecto pedagógico desde el enfoque de atención integral a la primera infancia, acompañar el desarrollo de las actividades pedagógicas con niñas y niños de primera infancia, conforme al proyecto pedagógico, acompañar la implementación de los planes de apoyo a la inclusión dirigidos a niñas y niños de primera infancia con discapacidad y alteraciones de desarrollo, contenido en la planeación pedagógica, realizar mínimo 2 tomas de medidas antropométricas, en el año, a las niñas y niños del nivel asignado (...), propiciar un ambiente adecuado para que las actividades cotidianas o rituales del sueño, la alimentación y aseo se lleven a cabo de manera armónica, implementar estrategias de promoción, protección, defensa y apoyo de la lactancia materna conforme a los lineamientos de la SDIS⁶. Tal circunstancia permite evidenciar que las funciones desempeñadas por la demandante no coinciden de manera directa con las descritas en el manual de funciones allegado al expediente y mencionadas anteriormente para los empleos allí mencionados. Las actividades descritas en los contratos de prestación de servicios dan cuenta es de una labor de apoyo y acompañamiento de las actividades pedagógicas. En efecto, la testigo Leidy Waldina Castro Ramírez afirmó que, en ocasiones, compartió aula con la señora Yenny Marcela Amaya Mahete porque fue maestra titular y la demandante la acompañaba como auxiliar pedagógica, lo cual permite inferir que la demandante no realizaba propiamente actividades como maestra – docente como se afirmó en la demanda, sino de apoyo y acompañamiento a estas.

³ Ver Contrato No. 5161-2019.1. OBJETO (pág. 1, archivo 5161-2019 MINUTA del archivo 2019-5161 del archivo 12.1 expediente digital).

⁴ Resolución No. 629 del 26 de junio de 2007 (pág. 94 a 100, archivo 2 expediente digital).

⁵ Resolución No. 1387 de 2016 (pág. 101 a 104, archivo 2 expediente digital).

⁶ Ver Contrato No. 6789 de 2017 8. OBLIGACIONES ESPECIFICAS (pág. 65 del archivo 6789-2017 Minuta del archivo 2017-6789 del archivo 12.1 expediente digital).

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Sin embargo, lo cierto es que las funciones para las cuales fue contratada hacen parte del giro ordinario de la entidad, pues no se trata de conocimientos especializados para una tarea transitoria sino de una labor que se volvió continua; tanto es así que el objeto de los contratos de prestación de servicios suscritos tienen por objeto la atención a la población de la primera infancia, lo cual está acorde con la misionalidad de la entidad, de ahí que los contratos se suscribieron de forma sucesiva a lo largo de aproximadamente 9 años, teniendo en cuenta que entre uno y otro no hubo solución de continuidad, excepto por algunos periodos de interrupción, elementos que configuran los criterios de habitualidad y continuidad y desvirtúan la excepcionalidad en la prestación del servicio.

Así pues, es del caso traer a colación la función o misión de la entidad demandada, en la que se tiene que en el año 2006, a través del Acuerdo 257, el Concejo de Bogotá creó la Secretaría Distrital para la Integración Social –SDIS, reglamentado por medio del Decreto 556 de 29 de diciembre de 2006 de la Alcaldía Mayor, proyectando a la SDIS como líder y rector en la formulación, adopción, desarrollo y evaluación de las Políticas Públicas para la Integración Social de la ciudad, a través del establecimiento de políticas públicas que disminuyan la pobreza, la inequidad social y la exclusión de los ciudadanos de Bogotá.

A su vez, el Decreto 607 del 28 de diciembre de 2007, *"Por el cual se determina el Objeto, la Estructura Organizacional y Funciones de la Secretaría Distrital de Integración Social"*, dispuso:

“Artículo 1°. Objeto. La secretaría distrital de integración social tiene por objeto orientar y liderar la formulación y el desarrollo de políticas de promoción, prevención, protección, restablecimiento y garantía de los derechos de los distintos grupos poblacionales, familias y comunidades, con especial énfasis en la prestación de servicios sociales básicos para quienes enfrentan una mayor situación de pobreza y vulnerabilidad. Así como, prestar servicios sociales básicos de atención a aquellos grupos poblacionales que además de sus condiciones de pobreza se encuentran en riesgo social, vulneración manifiesta o en situación de exclusión social.

(...)

Artículo 22°. Subdirección para la Infancia. Son funciones de la Subdirección para la Infancia de la Secretaría Distrital de Integración Social, las siguientes:

- a) Brindar a la Dirección Poblacional mecanismos para la planeación, diseño, ejecución, supervisión, control, evaluación y sistematización de las estrategias, programas, proyectos y servicios que se prestan directamente o a través de convenios o contratos con organizaciones públicas o privadas al grupo de población de niños/as sujetos de atención, de conformidad con la misión de la entidad.
- b) Apoyar a la Dirección Poblacional en la planificación de los insumos y recursos requeridos para la correcta ejecución de los planes, programas, proyectos y servicios dirigidos a la niñez en vulnerabilidad en el Distrito Capital.
- c) Apoyar a la Dirección Poblacional, en coordinación con la Dirección de Análisis y Diseño Estratégico, la Dirección Territorial y las demás Subdirecciones, en la realización de estudios, análisis e investigaciones sobre promoción, prevención, protección integral y restitución de derechos para orientar la formulación de políticas planes, programas y proyectos que respondan a las condiciones, necesidades y características de los niños y niñas en situación de vulnerabilidad en el Distrito Capital.
- d) Establecer los métodos y procedimientos para verificar y evaluar la operación de los programas, proyectos y servicios de su área, en el marco de los lineamientos políticos, enfoques, estrategias, procesos y procedimientos definidos por la Entidad para la atención de el-los grupos poblacionales a su cargo.
- e) Apoyar al Despacho de la Secretaria en la definición de la filosofía, fines, misión y visión de la Entidad y en la definición y adopción de las políticas, estrategias, planes y programas que deba adoptar la entidad”.

Así las cosas, entre los objetivos de dicha entidad se encuentran construir y desarrollar colectivamente una estrategia de territorialización de la política social, a partir del reconocimiento de realidades con redistribución de oportunidades para disminuir la segregación, así como la atención integral a la primera infancia para la garantía de sus derechos, de manera articulada con las familias, sectores y actores sociales, entre otras.

Aunado a lo anterior, se encuentra que la misionalidad de la Secretaría de Integración

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Social⁷ es:

“Misión: La Secretaría Distrital de Integración Social, es una entidad pública de nivel central de la ciudad de Bogotá, líder del sector social, responsable de la formulación e implementación de políticas públicas poblacionales orientadas al ejercicio de derechos, ofrece servicios sociales y promueve de forma articulada, la inclusión social, el desarrollo de capacidades y la mejora en la calidad de vida de la población en mayor condición de vulnerabilidad, con un enfoque territorial.

Por otra parte, el Decreto Distrital 520 del 24 de noviembre de 2011, *"Por medio del cual se adopta la Política Pública de Infancia y Adolescencia de Bogotá, D. C."*, dispuso lo siguiente:

“Artículo 1º. Objeto. Adoptase la Política Pública de Infancia y Adolescencia de Bogotá, Distrito Capital, 2011 - 2021, en el marco de una Ciudad de Derechos que reconozca, garantice y permita el ejercicio efectivo de los derechos de los niños, las niñas, los y las adolescentes, contenida en el documento Anexo que hace parte integral del presente Decreto.

Artículo 2º. Concepto. La Política Pública de Infancia y Adolescencia de Bogotá, Distrito Capital, es el conjunto de principios, decisiones y acciones estratégicas lideradas por el Estado, en correspondencia con las familias y la sociedad, que busca reconocer, garantizar las condiciones, prevenir situaciones que amenacen el ejercicio de los derechos y realizar acciones que restablezcan el ejercicio de los mismos, generando transformaciones sociales que incidan positivamente en la calidad de vida de los niños, las niñas y los/las adolescentes del Distrito Capital”. (subrayado fuera de texto).

Conforme a lo anterior, se reitera que las funciones desempeñadas por la demandante, las cuales estuvieron relacionadas con la atención a la primera instancia, hacen parte de la misionalidad de la entidad demandada.

En conclusión, esta sede judicial encuentra desvirtuada la existencia del contrato de prestación de servicios y configurados los elementos que constituyen el contrato realidad de la señora Yenny Marcela Amaya Mahete; sin embargo, previo a disponer la nulidad del acto administrativo acusado y el correspondiente restablecimiento del derecho, será necesario pronunciarse frente al fenómeno jurídico de la prescripción.

De la prescripción en el contrato realidad

La prescripción es una sanción al titular del derecho por su no ejercicio dentro del término legamente establecido para ello; sin embargo, en materia de contrato realidad, diferentes habían sido las interpretaciones que se desarrollaron en torno al tema, razón por la cual el Consejo de Estado, mediante sentencia del 9 de septiembre de 2021, dictada dentro del proceso No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), unificó lo relacionado con la materia efectuando las siguientes precisiones:

1. El término con el cual cuenta el interesado para reclamar que se declare la existencia de la relación laboral y que se proceda al reconocimiento y pago de los derechos laborales a que haya lugar es de tres (3) años contados a partir de la terminación del último contrato de prestación de servicios, de conformidad con las previsiones de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.
2. En aquellos contratos de prestación de servicios pactados por un interregno determinado y con lapso de interrupción entre uno y otro, la prescripción debe analizarse a partir de la fecha de terminación de cada uno de ellos.
3. El fenómeno jurídico de la prescripción no cobija a los aportes para pensión, toda vez que el derecho pensional es imprescriptible y se causa día a día, sin que ello cobije la devolución de dineros ya pagados por los contratistas.

Como se indicó anteriormente, en reciente sentencia de unificación de la Sección Segunda⁸ se estableció un periodo de treinta días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución

⁷ <https://www.integracionsocial.gov.co/>

⁸ Consejo de Estado, **SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021**, dentro del proceso con radicado 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

del siguiente, como término de la no solución de continuidad.

Ahora bien, de acuerdo con los contratos de prestación de servicios aportados al expediente y relacionados anteriormente, se observa que se presentó una interrupción de más de 30 días hábiles por lo que en aplicación de la sentencia de unificación se impone analizar la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de la fecha en que finalizaron, como se pasa a ver:

PERIODOS LABORADOS	TÉRMINO PARA EFECTUAR LA RECLAMACIÓN
Del 24 de julio de 2013 al 13 de julio de 2014	Desde julio de 2014 a julio de 2017
Del 7 de octubre de 2014 al 2 de marzo de 2017	Desde marzo de 2017 a marzo de 2020
Del 16 de agosto de 2017 al 31 de enero de 2020	Desde enero de 2020 a enero de 2023
Del 27 de marzo de 2020 al 20 de marzo de 2021	Desde marzo de 2021 a marzo de 2024
Del 8 de junio de 2021 al 7 de julio de 2022	Desde julio de 2022 a julio de 2025

Teniendo en cuenta que la reclamación fue presentada por la demandante el 26 de agosto de 2022 (pág. 43 a 51, archivo 2 expediente digital), interrumpió el término prescriptivo por una vez, por la cual se encuentran prescritos los contratos ejecutados entre el 24 de julio de 2013 y el 2 de marzo de 2017 (Contratos Nos. 2013-6431, 2014-10329, 2015-417 y 2016-562), pues en éstos la reclamación no se efectuó dentro de los 3 años siguientes a su terminación; en los contratos celebrados a partir del 16 de agosto de 2017 al 7 de julio de 2022, no transcurrieron más de 3 años⁹.

Lo anterior, por cuanto, en el presente caso no hay prueba dentro del expediente que justifique la interrupción superior a 30 días que permita flexibilizar la regla de unificación dispuesta por el Consejo de Estado.

De la declaración de nulidad y el restablecimiento del derecho

En conclusión, esta sede judicial encuentra desvirtuada la existencia del contrato de prestación de servicios y configurados los elementos que constituyen el contrato realidad de la señora Yenny Marcela Amaya Mahete, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 1.019.070.298, por lo que se procederá a declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. S2022 121457 del 6 de septiembre de 2022 y, a título de restablecimiento del derecho¹⁰, se ordenará el reconocimiento y pago en favor de la demandante de: i) la totalidad de prestaciones sociales y demás acreencias laborales (cesantías, intereses a las cesantías, compensación por vacaciones, primas, entre otras) devengadas por los empleados de planta, pero tomando como base los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios desde el 16 de agosto de 2017 hasta el 7 de julio de 2022 (descontando los periodos de interrupción de los contratos); y ii) tomar el ingreso base de cotización de la demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en pensiones, cotizar la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó durante sus vínculos contractuales y, en caso de no haberlas hecho o existir diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador¹¹, por el periodo trabajado desde el 24 de julio de 2013 hasta el 7 de julio de 2022 (descontando los periodos de interrupción de los contratos).

El tiempo efectivamente laborado por el actor se computará para efectos pensionales.

Respecto a las pretensiones dirigidas al reconocimiento de cesantías, intereses de las cesantías y vacaciones, se advierte que el Consejo de Estado¹², recientemente señaló lo siguiente:

“(…) Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016¹³, la sección segunda de esta Corporación determinó, entre otras reglas, que el reconocimiento de prestaciones, derivado de la nulidad del acto administrativo que

⁹ La demanda se radicó el 7 de octubre de 2022 (archivo 3 expediente digital).
¹⁰ Se ordena a título de restablecimiento del derecho y no a título indemnizatorio de acuerdo a la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de agosto de 2016, proferida por el consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.
¹¹ Así lo explicó el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.
¹² Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda., 06 de mayo de 2021, radicación: 50001-23-31-000-2011-00304-01(2079-18), Actor: Eider Orlando del Río Carrillo, C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.
¹³ Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (88-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

niega la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho, pues al trabajador ligado mediante contratos y órdenes de prestación de servicios, «[...] pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria [...] le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo».

Por ende, al haber declarado la existencia de una relación laboral entre el supuesto contratista y la Administración, corresponde compensarle al primero el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria, pero comoquiera que el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero tal garantía en los términos del aludido artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005”.

Igualmente, la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021, el Consejo de Estado ordenó el reconocimiento y pago de las cesantías, intereses a las cesantías y las vacaciones, cuando se trate de relaciones laborales encubiertas, así: “... *Con base en la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en los derroteros jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado en casos de contornos análogos fáctica y jurídicamente al asunto que ahora es objeto de estudio y en el acervo probatorio, la Sala concluye que a la señora Gloria Luz Manco Quiroz, como parte trabajadora de una relación laboral (encubierta o subyacente), le asiste el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales que deprecia (**cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otras**), en el periodo comprendido entre el 29 de enero de 2005 y el 30 de diciembre de 2011, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*” (negrilla fuera del texto).

Así las cosas, resulta que a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento de las cesantías, intereses de las cesantías, y al descanso remunerado por ser prestaciones sociales emanadas de la relación laboral declarada. Ahora bien, respecto de las vacaciones como el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero tal garantía, en los términos del Artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978 y de la Ley 995 de 2005.

Ahora, si bien se acreditó la relación laboral, ello no otorga la condición de empleado público, toda vez que dicha condición solamente la otorga la Constitución y la Ley con las formalidades de la relación legal y reglamentaria y, en este sentido la jurisprudencia ha sido reiterada en señalar que la existencia del contrato realidad no puede otorgar derechos ni condiciones por fuera del mandato legal. Así lo señaló el Consejo de Estado en la referida sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, en la que dispuso “*Pese a hallarse probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal de servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), destaca la Sala que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior*”.

Por último, respecto de la pretensión encaminada a obtener la devolución de las cotizaciones en seguridad social realizadas por la demandante y que este asumió en su totalidad, conforme a la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021, “**es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal.**”. Así las cosas, la citada regla de unificación impide la devolución de los dineros reclamados por concepto de seguridad social.

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR probada la excepción de prescripción del derecho frente a los

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

derechos laborales que se hubiesen podido causar con ocasión de la relación laboral que se configuró frente a los contratos de prestación de servicios celebrados entre la demandante y la entidad demandada del 24 de julio de 2013 al 2 de marzo de 2017, conforme las consideraciones de la parte motiva. Esta prescripción no cubre los aportes de seguridad social para pensión.

SEGUNDO.- DECLARAR la NULIDAD del Oficio No. S2022 121457 del 6 de septiembre de 2022, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a la demandante como consecuencia de la existencia de un contrato real, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR al DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE INTEGRACIÓN SOCIAL** a reconocer y pagar en favor de la señora **YENNY MARCELA AMAYA MAHETE**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 1.019.070.298: i) la totalidad de prestaciones sociales y demás acreencias laborales (cesantías, intereses a las cesantías, compensación por vacaciones, primas, entre otras) devengadas por los empleados de planta, pero tomando como base los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios desde el 16 de agosto de 2017 hasta el 7 de julio de 2022 (descontando los periodos de interrupción de los contratos); y ii) tomar el ingreso base de cotización de la demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en pensiones, cotizar la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó durante sus vínculos contractuales y, en caso de no haberlas hecho o existir diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador, por el periodo trabajado desde el 24 de julio de 2013 hasta el 7 de julio de 2022 (descontando los periodos de interrupción de los contratos).

CONDENAR al DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE INTEGRACIÓN SOCIAL a actualizar las sumas debidas de la condena impuesta conforme al inciso 4º del Artículo 187 del CPACA, y de acuerdo con la siguiente fórmula:

R = Rh

Índice Final

Índice Inicial

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de pagar a la demandante por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse cada pago.

CUARTO.- DECLARAR que el tiempo laborado por la señora **YENNY MARCELA AMAYA MAHETE**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 1.019.070.298, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios desde el 24 de julio de 2013 hasta el 7 de julio de 2022 (descontando los periodos de interrupción de los contratos) se debe computar para efectos pensionales.

QUINTO.- El **DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE INTEGRACIÓN SOCIAL** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

SEXTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO.- No condenar en costas ni agencias en derecho conforme a los lineamientos de la parte motiva.

OCTAVO.- Ejecutoriada esta providencia, por secretaría, y a costa de la parte actora, **EXPEDIR** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00378-00
Demandante: YENNY MARCELA AMAYA MAHETE
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE INTEGRACIÓN SOCIAL

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DÉCIMO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

Lkgd

santiaguito0405@gmail.com
tehelen.abogados@gmail.com
notificacionesjudiciales@sdis.gov.co
lcastellanos@sdis.gov.co

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: 5ddb0ed5d789905f8d8c61ce25b8ab24bc1ce58052ac23da95c557b39a7dcd3
Documento generado en 27/09/2023 08:35:33 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA No. 223

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00412-00
Ejecutante:	MARTHA LUCIA ARDILA GARCÉS
Ejecutado:	SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.
Decisión:	Sentencia que accede parcialmente a las pretensiones de la demanda
Tema:	Contrato realidad

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar SENTENCIA de PRIMERA INSTANCIA dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Martha Lucia Ardila Garcés, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 52.869.499, contra la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 1 a 26, archivo 2, expediente digital):

La demandante solicitó la nulidad del Oficio No. 2022020000194651 del 8 de septiembre de 2022 (archivo 2, págs. 44 a 52 expediente digital), por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales como consecuencia de la existencia de un contrato realidad.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se declare la existencia de la relación laboral desde el 1° de abril de 2008 y hasta el 31 de julio de 2022, tiempo en que la demandante se desempeñó como auxiliar administrativa a través de contratos de prestación de servicios, y que se condene a la entidad a: i) pagar las diferencias salariales entre lo pagado por la entidad a los auxiliares administrativos de planta y lo pagado a la demandante bajo contratos de prestación de servicios, durante el periodo comprendido entre el 1° de abril de 2008 y el 31 de julio de 2022; ii) pagar el valor correspondiente a las cesantías, los intereses de las cesantías, las primas de servicios de junio y diciembre, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de antigüedad, quinquenios, prima de vacaciones, compensación en dinero de las vacaciones, subsidio de alimentación, subsidio de transporte, horas extras y recargos dominicales; iii) devolver lo pagado por aportes a seguridad social correspondientes a salud, pensión, riesgos laborales y caja de compensación; iv) pagar la diferencia de las cotizaciones entre lo cotizado como contratista y lo que debió cotizarse como empleado de planta; v) pagar la indemnización de la Ley 244 de 1995; vi) reconocer daños morales; vii) ajustar el valor de la condena conforme al IPC, tal y como lo autoriza el inciso final del Artículo 187 y el Artículo 193 del CPACA; viii) dar cumplimiento al fallo en los términos de los Artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011; ix) pagar intereses moratorios dentro del término previsto en el Artículo 192 del CPACA; y x) condenar en costas y expensas de este proceso.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, el apoderado del extremo activo adujo que la demandante laboró de manera constante, ininterrumpida y presencial para la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., en el cargo de auxiliar administrativo desde el 1° de abril de 2008 hasta el 31 de julio de 2022, periodo en el que se vinculó a través de contratos de prestación de servicios sucesivos, habituales y sin interrupción. Así mismo, adujo que las funciones que desempeñó tienen vocación de permanencia y estuvieron encaminadas al desarrollo de la misión de la entidad cual es la prestación del servicio de salud.

Señaló que, como contraprestación de sus servicios, devengó en el último mes la suma de \$1.840.000. Igualmente, sostuvo que cumplía un horario de trabajo diurno, inicialmente, de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., y sábado y domingo una vez al mes de 7:00 a.m. a 5:00

Expediente: 11001-3342-051-2022-00412-00
Demandante: MARTHA LUCIA ARDILA GARCÉS
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

p.m. y, posteriormente, le modificaron el horario, el cual quedó de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 6:00 p.m., y sábado y domingo una vez al mes de 8:00 a.m. a 6:00 p.m.

Adujo que las funciones que desempeñó la demandante como auxiliar administrativo fueron: i) colaborar en la elaboración y ejecución del plan de compras de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., con base en las necesidades y requerimientos de cada una de las áreas de la entidad; ii) realizar gestiones administrativas necesarias para la legalización de procesos precontractual y contractual en la adquisición de bienes y servicios, de conformidad con las normas vigentes; iii) prestar apoyo en el proceso de contratación de bienes y servicios de la entidad, con base en los criterios de cotización efectiva, compra y suministro oportuno de los recursos necesarios y su correspondiente justificación técnica; iv) cumplir con las normas y procedimientos administrativos orientados a mejorar la prestación de los servicios administrativos en la Subgerencia Corporativa y en sus diferentes áreas; v) mantener actualizados los procesos y procedimientos del área; vi) intervenir en la actualización de los procedimientos, programas, formatos, guías, protocolos y demás documentos que demande el proceso de gestión documental; vii) ofrecer en el proceso de atención al cliente interno, usuario y familia un trato digno y humanizado; entre otras.

Indicó que a la demandante le fue expedido carnet de trabajo que la identificó como empleada de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, el cual debía portar de manera obligatoria.

Afirmó que la actora durante su vinculación estuvo bajo órdenes y supervisión de sus jefes inmediatos cumpliendo un horario de trabajo y realizando de manera personal la labor encomendada.

Señaló que la demandante no podía delegar las funciones a ella asignadas y que para ausentarse debía pedir autorización de su jefe inmediato. Además, adujo que la actora siempre utilizó las herramientas y el material suministrado por la entidad para desarrollar su actividad, pues tuvo a su disposición equipos, insumos, herramientas e implementos.

Sostuvo que la demandante tenía compañeros de trabajo que cumplían las mismas funciones, pero estaban vinculados formalmente en la planta de personal de la entidad demandada.

2.3. NORMAS VIOLADAS

- Constitución Política: Artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 125, 126, 209, 277 y 351-1.
- Ley 6 de 1945.
- Decreto 2127 de 1945.
- Decreto 1045 de 1978.
- Decreto 2400 de 1979.
- Decreto 3074 de 1968.
- Decreto 3135 de 1968: Artículo 8.
- Decreto 1848 de 1968: Artículo 51.
- Decreto 1045 de 1968: Artículo 25.
- Decreto 1335 de 1990.
- Ley 4ª de 1992.
- Ley 332 de 1996.
- Ley 1437 de 2011.
- Ley 1564 de 2012.
- Ley 100 de 1993: Artículos 15, 17, 18, 20, 22, 23, 128, 157, 161, 195 y 204.
- Ley 244 de 1995.
- Ley 443 de 1998.
- Ley 909 de 2004.
- Ley 80 de 1993: Artículo 32.
- Ley 4ª de 1990: Artículo 8.
- Ley 3135 de 1968.
- Decreto 1250 de 1970: Artículos 5 y 71.
- Decreto 2400 de 1968.
- Ley 6 de 1945.
- Decreto 2127 de 1945.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- Decreto 1950 de 1973: Artículos 108, 180, 215, 240, 241 y 242.
- Decreto 3135 de 1968.
- Decreto 1919 de 2002: Artículo 2.
- Código Sustantivo del Trabajo: Artículos 23 y 24.
- Ley 1438 de 2008: Artículo 59.
- Decreto 1374 de 2010.
- Decreto 3148 de 1968.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Adujo que la contratación a través de la figura de prestación de servicios ha sido contemplada para la administración únicamente en aquellos casos donde se evidencia la ausencia de subordinación, así como la ocurrencia de otros factores tales como la prestación presencial y personal del servicio y el pago de salario como remuneración.

Sostuvo que las funciones desempeñadas por la demandante al interior de la entidad demandada durante toda su vinculación en el cargo de auxiliar administrativo fueron encaminadas al desarrollo de la misión de la entidad, cual es la prestación del servicio de salud. Además, indicó que existió personal que en el ejercicio del mismo cargo de la actora estaban vinculados directamente a la planta de personal, por lo que se encuentra demostrado que el cargo desempeñado por la demandante tenía vocación de permanencia y, en consecuencia, aquella debió ser vinculada a la planta de personal como servidora pública y no como contratista.

Agregó que el demandante laboró durante 14 años para la entidad demandada de manera constante, ininterrumpida, presencial, personal, cumpliendo un horario de trabajo y bajo la supervisión y órdenes de sus jefes inmediatos.

Igualmente, trajo a colación varios pronunciamientos jurisprudenciales.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Admitida la demanda mediante auto del 2 de diciembre de 2022 (archivo 6 del expediente digital), y notificada en debida forma (archivo 8), la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. presentó contestación, a través de memorial del 21 de junio de 2023 (archivo 9).

La apoderada de la entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se refirió a todos y cada uno de los hechos que fundamentan la demanda e indicó que el acto administrativo demandado goza de presunción de legalidad, autonomía, no adolece de vicios de forma o de fondo y fue proferido por el funcionario competente.

Señaló que la carga de la prueba le corresponde a la demandante, quien era una contratista como se refleja en los contratos suscritos entre las partes, por lo que, así la actora pretenda demostrar lo contrario, incurre en una imprecisión, ya que infundadamente pretende desconocer la existencia de la legalidad de la Ley 80 de 1993 en los contratos celebrados.

Propuso las siguientes excepciones de fondo:

- 1. Pago:** indicó que en virtud de los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes se realizaron los pagos de los honorarios de conformidad con el pacto contractual que ató a las partes.
- 2. Inexistencia de subordinación y dependencia de la demandante:** adujo que el hecho de que la contratista hubiese prestado sus servicios en horarios laborales de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E y siguiendo los parámetros dispuestos en el contrato no implica, como lo ha reiterado la jurisprudencia, que exista una subordinación como elemento estructural de una relación laboral.
- 3. Inexistencia de relación laboral, legal o reglamentaria entre las partes:** señaló que en el presente caso no existe un vínculo laboral, legal o reglamentario entre la demandante y la Subred Sur E.S.E., pues no se acredita la suscripción de un contrato de trabajo, una resolución de nombramiento o acta de posesión que le otorgue estatus de

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

trabajador oficial o empleado público, así como tampoco existen los presupuestos fácticos en favor de la demandante que le permitan acceder al reconocimiento de tal estatus.

4. Inexistencia de los elementos del contrato de trabajo: indicó que en el presente caso no se encuentra presente la totalidad de los elementos constitutivos del contrato de trabajo, pues se encuentra ausente el elemento de la subordinación, ya que se pretende establecer equivocadamente que los informes presentados, el presunto cumplimiento de horarios, el desarrollo del objeto contractual en las instalaciones del o los hospitales de la Subred Sur E.S.E., y el suministro de elementos para el cometido de las obligaciones contractuales son elementos de la coordinación y supervisión necesarios para el desarrollo y cumplimiento del contrato celebrado entre las partes.

5. Cobro de lo no debido: señaló que, al no existir un contrato laboral celebrado entre las partes, sino un contrato de prestación de servicios autorizado por la Ley, es palpable que no le asiste a la entidad demandada el deber legal de reconocer acreencias prestacionales o aportes a la seguridad social, en el entendido que los honorarios pactados le fueron cancelados en su totalidad a la actora.

6. Inexistencia del derecho y de la obligación: expuso que, acorde con las normas de la contratación administrativa de prestación de servicios, la demandante libremente optó por esta modalidad de contratación, celebró contratos de prestación de servicios que reiteradamente en estos y en los documentos previos se estableció la inexistencia de la relación laboral.

7. Inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad: advirtió que existió entre las partes un acuerdo de voluntades, sin que la demandada diera órdenes a la demandante en ningún momento de la relación contractual, lo que existió fue una supervisión de los encargos contractuales con el fin de definir el objetivo del contrato, la cual exigía unas pautas mínimas y esenciales para su cumplimiento, lo que no implica desvirtuar la clase de contratación.

8. Buena fe: afirmó que la demandada actuó apegada a la legalidad de la Ley 80 de 1993 y que la demandante, durante el tiempo de vinculación, jamás hizo un reclamo a entidad demandada, lo cual lleva al firme convencimiento de que se actuó con la más absoluta buena fe en la relación que tuvo con la demandante, pues siempre actuó con la creencia de que dicha relación estaba condicionada a los términos contractuales.

9. Presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes: expuso que los contratos de prestación de servicios personales suscritos entre las partes, así como los demás actos administrativos proferidos por la entidad se encuentran amparados legalmente con base en la documentación que reposa en la entidad.

10. Compensación: adujo que la demandante prestaba un servicio como contratista con la finalidad de que su actividad fuera compensada con un pago de honorarios por el tiempo corto de los contratos de prestación de servicios que suscribió, leyó y entendió que no le generaban prestaciones sociales.

11. Inexistencia de perjuicios: estableció que la demandada no es responsable de la obligación que persigue la demandante, por lo cual no se vislumbran perjuicios causados en contra de aquella.

12. Excepción genérica: solicitó que, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 282 del CGP, se reconozcan las excepciones que se llegaren a encontrar probadas, aunque no hubieren sido alegadas expresamente.

2.6. AUDIENCIA INICIAL

La audiencia inicial prevista en el Artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 se instaló el 21 de julio de 2023, como consta en el archivo 17 del expediente digital, en desarrollo de la cual se saneó el proceso, se difirió el estudio de la excepción de prescripción a la etapa del fallo y, una vez fijado el litigio, se procedió al decreto de las pruebas correspondientes, para lo cual se señaló el día 25 de agosto de 2023 para la audiencia de pruebas.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.7. AUDIENCIA DE PRUEBAS Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El 25 de agosto de 2023, se instaló la audiencia de pruebas (archivo 25 del expediente digital), en la cual se practicó el interrogatorio de parte y los testimonios decretados por los dos extremos; en la misma diligencia, se corrió traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión (archivo 25 expediente digital).

Alegatos de la parte demandante (archivo 28 expediente digital): reiteró los argumentos expuestos en el escrito de demanda y afirmó que se deben acceder a las pretensiones de la demanda porque no existe dudas sobre: la prestación personal del servicio por parte de la demandante, como auxiliar administrativo; el pago mensual de una suma de dinero como abono a pago de nómina; y la subordinación de tipo laboral al recibir órdenes directas de sus jefes inmediatos, quienes de igual manera le daban órdenes a los empleados de planta y que realizaban las misma funciones que la demandante.

Alegatos de la demandada (archivo 30 expediente digital): insistió en los argumentos expuestos en la contestación de demanda. Señaló que las circunstancias de tiempo, modo y lugar manifestadas por las testigos y la demandante carecen de precisión y veracidad, ya que no ejecutaron las mismas actividades, por lo que desde un primer punto no podrían dar cuenta exacta de las circunstancias en las que la demandante ejecutaba sus actividades. Indicó que las declaraciones de las testigos de la parte demandada indicaron que a la demandante nunca se le exigió el cumplimiento de un horario, ni mucho menos la asistencia los sábados y los domingos. Resaltó que con las pruebas rendidas y practicadas se constató que lo sucedido en el presente caso fue únicamente la ejecución de un normal contrato de prestación de servicios, en el cual no hubo subordinación, sino, por el contrario, se ejecutaron las obligaciones de forma autónoma e independiente de cara a las metas propuestas en cada una de las mensualidades.

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se circunscribe a determinar si de la relación contractual existente entre la señora Martha Lucía Ardila Garcés y la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. se configuran los elementos necesarios para declarar la existencia del contrato realidad en el periodo comprendido entre el 1º de abril de 2008 y el 31 de julio de 2022, y como consecuencia de ello acceder al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales conforme al cargo de planta homologable, las cotizaciones correspondientes al Sistema de Seguridad Social en pensión, salud, ARL, cajas de compensación familiar, la indemnización moratoria a que se refiere la Ley 244 de 1995 y las demás pretensiones de restablecimiento del derecho formuladas en la demanda.

3.2. DEL FONDO DEL ASUNTO

Para resolver el problema jurídico planteado, se efectuará en primera medida un recuento del material probatorio arrimado al plenario; posteriormente, un análisis normativo tanto a la luz del derecho internacional como del derecho interno; finalmente, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial, se resolverá lo correspondiente en el caso concreto.

Acervo probatorio

Del material probatorio arrimado al plenario, se destaca:

1. Contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandante y la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., desde el año 2008 hasta el 2022 (archivo 2 y carpeta 9.1 del expediente digital):

No. Contrato	Fecha de inicio	Fecha de terminación	Objeto	Observaciones
3-209 de 2008	01/04/2008	30/06/2008 ¹	OBJETO: En el desarrollo del presente contrato el	

¹ Págs. 381-382, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.

Expediente:11001-3342-051-2022-00412-00

Demandante:MARTHA LUCIA ARDILA GARCÉS

Demandado:SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

No. Contrato	Fecha de inicio	Fecha de terminación	Objeto	Observaciones
			CONTRATISTA se compromete para con el HOSPITAL a realizar las siguientes actividades: 1.- Colaborar en la organización y atención de todo tipo de reuniones a las que tenga que asistir el subdirector de acuerdo a la agenda de compromisos. 2.- Tomar dictados taquigráficos y hacer transcripciones 3.- Redactar y tramitar correspondencia de acuerdo con instrucciones. 4.- Recibir visitantes conociendo los asuntos a tratar para establecer las entrevistas y preparar la documentación pertinente para la subdirección 5.- Proporcionar la información requerida por el público y concertar las entrevistas solicitadas. 6.- Manejar el archivo del área correspondiente. 7.- Hacer la solicitud de materiales a almacén y farmacia con tiempo prudencial antes que se acabe la existencia. 8.- Responsabilizarse por el material entregado a su cargo. 9.- Llenar adecuadamente y mantener al día el Kárdex 10.- Velar por el correcto uso y mantenimiento del equipo y los elementos a su cargo. 11.- Llevar el libro y digitar en el computador el número consecutivo y los datos de los pacientes. 12.- Realizar transcripción de los reportes de los exámenes. 13.- Llenar y digitar en el computador, todos los formatos, libros y formularios estadísticos y de control necesarios para el correcto funcionamiento del departamento en general. 14.- Orientar a los pacientes en aquellos estudios que requieran preparación, dar instrucciones al paciente, explicándole que tipo de procedimiento se le va a realizar. 16.- Estregar los resultados a los pacientes. 17.- Mantener contacto directo con los pacientes hospitalizados y de urgencias en procura de agilizar y aclarar los requisitos para determinados procesos asistenciales 18.- Participar activamente en todas las actividades que le sean asignadas para la implementación y el adecuado funcionamiento del Sistema de Gestión de Calidad basado en la NTC ISO: 9001:2000. 19.- Realizar las demás funciones acordes con la naturaleza del contrato.	
3-396 de 2009	01/07/2008	30/09/2008	“”	-Plazo de ejecución hasta el 30 de septiembre de 2008, Págs. 378-379, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”. -Contrato con prórroga hasta el 1° de enero de 2009. Pág. 376, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.

Expediente:

11001-3342-051-2022-00412-00

Demandante:

MARTHA LUCIA ARDILA GARCÉS

Demandado:

SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

No. Contrato	Fecha de inicio	Fecha de terminación	Objeto	Observaciones
3-029 de 2009	02/01/2009	31/03/2009 ²	“”	
3-233 de 2009	01/04/2009	30/06/2009 ³	“”	
3-460 de 2009	01/07/2009	30/09/2009	“”	-Plazo de ejecución hasta el 30 de septiembre de 2009, Págs. 365-366, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”. -Contrato con sucesivas prórrogas hasta el 3 de enero de 2010 . Págs. 358 y 359, 362 archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.
3-027 de 2010	04/01/2010	31/03/2010	“”	-Plazo de ejecución hasta el 31 de marzo de 2010, Págs. 352-353, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”. -Contrato con sucesivas prórrogas hasta el 3 de enero de 2011 . Pág. 346, 347, 349, 350 y 351 archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.
3-010 de 2011	04/01/2011	31/03/2011 ⁴	“”	
3-243 de 2011	01/04/2011	30/06/2011 ⁵	OBJETO: En el desarrollo del presente contrato el CONTRATISTA se compromete para con el HOSPITAL a realizar las siguientes actividades: 1. colaborar en la organización y atención de todo tipo de reuniones a las que tenga que asistir el subdirector de acuerdo a la agenda de compromisos. 2. tomar dictados taquigráficos y hace transcripciones de la subdirección de apoyo. 3. redactar y tramitar correspondencia de acuerdo con instrucciones de la subdirección de apoyo. 4. manejar el archivo de la subdirección de apoyo. 5. velar por el correcto uso y mantenimiento del equipo y los elementos a su cargo. 6. realizar autorizaciones de oxígeno domiciliario consulta externa y paciente hospitalizado en otras instituciones y envío por email a cryogas la relación de las autorizaciones. 7. digitalización base de datos oxígeno domiciliario: 8. entrega de turnos mensuales terapia respiratoria, radiología, farmacia, laboratorio, depósito de cadáveres. 9. diligenciamiento de la base auditoria de historia clínica terapia respiratoria, física y lenguaje. 10. diligenciamiento de la base encuestas de terapia física, terapia respiratoria y lenguaje 11. transcripción y elaboración de oficios de terapia respiratoria y de terapia física. 12. transcripción de respuesta a la correspondencia recibida de los diferentes servicios de la subdirección de apoyo, con términos, quejas reclamos. 13. transcripción de	

² Págs. 371-372, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.

³ Págs. 368-369, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.

⁴ Págs. 355-356, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.

⁵ Págs. 341-342, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.

Expediente:

11001-3342-051-2022-00412-00

Demandante:

MARTHA LUCIA ARDILA GARCÉS

Demandado:

SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

No. Contrato	Fecha de inicio	Fecha de terminación	Objeto	Observaciones
			respuesta a la correspondencia recibida de los derechos de petición y tutelas de los diferentes servicios de la subdirección de apoyo. 14. transcripción de la agenda de terapia física y lenguaje. 13. solicitud por sigma del pedido de insumos de la subdirección de apoyo, y los servicios de terapia física, laboratorio, terapia de leguaje y respiratoria y epidemiología. 16. envió de documentos al archivo central. 17. entrega de las historias clínicas a la oficina de estadística. 18. registro en el libro de correspondencia con términos, libro de correspondencia enviada, libro de correspondencia recibida 19. mantener contacto directo con los pacientes hospitalizados y de urgencias en procura de agilizar y aclarar los requisitos para determinados procesos asistenciales, como son el oxígeno domiciliario. 20. asistir y participar en las capacitaciones, reuniones programadas por gerencia, la subdirección de apoyo y coordinación del servicio. 21. portar el carnet en un lugar visible, para facilitar la identificación tanto del personal de seguridad, como personal médico e usuario. 22, participar activamente en todas las actividades que le sean asignadas para la implementación y el adecuado funcionamiento del sistema de gestión de calidad basado en la ntc iso: 9001:2000. 23. participar activamente en el proceso de mejoramiento normas iso 9000. 24. desempeñar las demás funciones relacionadas con el cargo.	
3-471 de 2011	01/07/2011	31/07/2011	“”	-Plazo de ejecución hasta el 31 de julio de 2011, Págs. 338-339, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”. -Contrato con sucesivas prórrogas hasta el 3 de enero de 2012 . Pág. 332, 333, 334, 335 y 336 archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.
3-013 de 2012	04/01/2012	30/04/2012 ⁶	“”	
A-639 de 2012	01/08/2012	30/09/2012 ⁷	OBJETO. Prestar servicios de apoyo al Hospital Meissen II Nivel Empresa Social del Estado en la ejecución de actividades secretariales de conformidad con los lineamientos y procedimientos establecidos en la E.S.E.	
A-876 de 2012	01/10/2012	31/10/2012 ⁸	OBJETO. EL CONTRATISTA se compromete para con EL HOSPITAL a prestar sus servicios como SECRETARIA con oportunidad y eficiencia.	

⁶ Págs. 329-330, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.

⁷ Págs. 327-328, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.

⁸ Págs. 322-323, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.

Expediente:11001-3342-051-2022-00412-00

Demandante:MARTHA LUCIA ARDILA GARCÉS

Demandado:SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

No. Contrato	Fecha de inicio	Fecha de terminación	Objeto	Observaciones
1487 de 2012	01/11/2012	30/11/2012 ⁹	OBJETO. EL CONTRATISTA se compromete para con EL HOSPITAL a prestar sus servicios como SECRETARIA DIGITADORA JURÍDICA con oportunidad y eficiencia	
A-1883 de 2012	03/12/2012	31/12/2012 ¹⁰	“”	
367 de 2013	08/01/2013	31/01/2013 ¹¹	“”	
743 de 2013	01/02/2013	30/04/2013 ¹²	“”	
1380 de 2013	01/05/2013	31/05/2013 ¹³	OBJETO. EL CONTRATISTA se compromete para con EL HOSPITAL a prestar servicios de apoyo al Hospital Meissen II Nivel Empresa Social del Estado en la ejecución de actividades secretariales de conformidad con los lineamientos y procedimientos establecidos en la E.S.E. con oportunidad y eficiencia	
1781 de 2013	01/06/2013	31/07/2013 ¹⁴	“”	
2290 de 2013	01/08/2013	01/09/2013 ¹⁵	OBJETO. EL CONTRATISTA se compromete para con EL HOSPITAL a prestar personales de apoyo en la ejecución de actividades secretariales y de digitación en la oficina jurídica con oportunidad y eficiencia.	
2688 de 2013	02/09/2013	30/09/2013 ¹⁶	“”	
3092 de 2013	01/10/2013	31/10/2013 ¹⁷	“”	
3495 de 2013	01/11/2013	30/11/2013 ¹⁸	“”	
3874 de 2013	02/12/2013	16/12/2013	“”	-Plazo de ejecución hasta el 16 de diciembre de 2013, Págs. 292-293, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”. -Contrato con prórroga hasta el 1 de enero de 2014 . Pág. 291 archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.
361 de 2014	02/01/2014	31/01/2014 ¹⁹	“”	
744 de 2014	01/02/2014	30/04/2014 ²⁰	“”	
1232 de 2014	01/05/2014	31/07/2014 ²¹	“”	
1449 de 2014	01/08/2014	30/09/2014 ²²	“”	
1828 de 2014	01/10/2014	16/10/2014	“”	-Plazo de ejecución hasta el 16 de octubre de 2013, Págs. 269-271, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.

⁹ Págs. 320-321, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.

¹⁰ Págs. 318-319, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.

¹¹ Págs. 316-317, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.

¹² Págs. 314-315, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.

¹³ Págs. 312-313, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.

¹⁴ Págs. 309-310, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.

¹⁵ Págs. 305-306, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.

¹⁶ Págs. 303-304, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.

¹⁷ Págs. 296-297, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.

¹⁸ Págs. 294-295, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.

¹⁹ Págs. 288-289, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.

²⁰ Págs. 283-285, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.

²¹ Págs. 280-282, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.

²² Págs. 274-276, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00412-00
Demandante: MARTHA LUCIA ARDILA GARCÉS
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

No. Contrato	Fecha de inicio	Fecha de terminación	Objeto	Observaciones
				-Contrato con prórroga hasta el 5 de noviembre de 2014 . Pág. 266 y 268 archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.
2210 de 2014	06/11/2014	30/11/2014 ²³	“”	
2550 de 2014	01/12/2014	04/01/2015 ²⁴	“”	
81 de 2015	05/01/2015	31/03/2015	SECRETARIA DIGITADORA JURÍDICA	-No obra el contrato; sin embargo, el mismo fue certificado por la entidad demandada. Pág. 435 del archivo 2. Además, obra informe de actividades ejecutadas durante este lapso. Págs. 256 y 257 archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.
487 de 2015	01/04/2015	31/05/2015	PRESTAR SERVICIOS PERSONALES DE APOYO, EN LA EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS EN LA SUBDIRECCIÓN ADMINISTRATIVA.	-No obra el contrato; sin embargo, el mismo fue certificado por la entidad demandada. Pág. 435 del archivo 2. Además, obra acta de liquidación unilateral de dicho contrato. Pág. 248 archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.
817 de 2015	01/06/2015	30/09/2015 ²⁵	OBJETO. EL CONTRATISTA se compromete para con EL HOSPITAL a prestar personales de apoyo en la ejecución de actividades secretariales y de digitación en la oficina jurídica.	
956 de 2015	01/10/2015	31/10/2015	“”	-Plazo de ejecución hasta el 31 de octubre de 2015, Págs. 244-246, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”. -Contrato con prórrogas hasta el 3 de enero de 2016 . Pág. 243 archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”; y pág. 15 archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2016”.
A0077 de 2016	04/01/2016	30/04/2016	“”	-Plazo de ejecución hasta el 30 de abril de 2016, Págs. 239-240, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”. -Contrato con prórrogas hasta el 21 de agosto de 2016 . Pág. 238 archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”; y págs. 18-19, 25-26 y 29-30 archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2016”.
2831 de 2016	22/08/2016	31/08/2016 ²⁶	OBJETO. Prestar servicios profesionales y de apoyo a la gestión como Prestar servicios personales de apoyo en la ejecución de actividades Secretariales y de Digitación en la oficina jurídica dentro de los diferentes procesos y procedimientos de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALÚD SUR E.S.E. de acuerdo a las necesidades de la Institución.	
5941 de 2016	01/09/2016	31/10/2016	OBJETO. Prestar servicios profesionales y de apoyo a la gestión como TÉCNICO ADMINISTRATIVO dentro de los	-Plazo de ejecución hasta el 31 de octubre de 2016, Págs. 44-45, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2016”.

²³ Págs. 263-265, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.
²⁴ Págs. 259-261, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.
²⁵ Págs. 251-253, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2008-2016”.
²⁶ Págs. 38-39, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2016”.

Expediente:11001-3342-051-2022-00412-00

Demandante:MARTHA LUCIA ARDILA GARCÉS

Demandado:SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

No. Contrato	Fecha de inicio	Fecha de terminación	Objeto	Observaciones
			diferentes procesos y procedimientos de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. de acuerdo a las necesidades de la Institución.	-Contrato con prórroga hasta el 31 de diciembre de 2016 . Pág. 54 archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2016”.
1065 de 2017	02/01/2017	30/04/2017 ²⁷	OBJETO. Prestar servicios profesionales y/o de apoyo a la gestión como TÉCNICO ADMINISTRATIVO dentro de los diferentes procesos, subprocesos y procedimientos de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E, de acuerdo a las necesidades de la Institución.	
4585 de 2017	01/03/2017	30/04/2017	OBJETO. Prestar servicios profesionales y/o de apoyo a la gestión como AUXILIAR ADMINISTRATIVO dentro de los diferentes procesos, subprocesos y procedimientos de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E, de acuerdo a las necesidades de la Institución.	-Plazo de ejecución hasta el 30 de abril de 2016. Págs. 59-60, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2017”. -Contrato con sucesivas prórrogas hasta el 31 de agosto de 2017 . Págs. 70, 76, 82 y 89 archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2017”.
7856 de 2017	01/09/2017	31/10/2017	OBJETO. Prestar servicios de apoyo a la gestión administrativa en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.	-Plazo de ejecución de 2 meses. Págs. 94-95, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2017”. -Contrato con sucesivas prórrogas hasta el 27 de noviembre de 2017 . Págs. 105 y 107 archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2017”.
10691 de 2017	14/12/2017	01/01/2018	“”	-Plazo de ejecución de 18 días. Págs. 113-114, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2017”.
1085 de 2018	01/01/2018	28/02/2018	“”	-Plazo de ejecución de 2 meses. Págs. 34-35, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2018”. -Contrato con prórroga hasta el 31 de marzo de 2018 . Pág. 42 archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2018”.
4855 de 2018	01/04/2018	31/05/2018	“”	-Plazo de ejecución de 2 meses. archivo 9.1 > “52869499-CONTRATO-4855-2018-SECOP II”. -Contrato con sucesivas prórrogas hasta el 31 de julio de 2018 . Pág. 319 archivo 2 y pág. 3 archivo 9.1 > “52869499-CONTRATO-4855-2018-SECOP II”.
10241 de 2018	01/08/2018	31/08/2018	“”	-Plazo de ejecución de 1 mes. Págs. 73-74, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2018”.
11231 de 2018	03/09/2018	31/10/2018	“”	-Plazo de ejecución de 2 meses. Págs. 1-2, archivo 9.1 > “52869499-CONTRATO-11231-2018-SECOP II”. -Contrato con sucesivas prórrogas hasta el 31 de enero de 2019 . Págs. 93, 98 y 101 archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2018”.
1491 de 2019	01/02/2019	30/06/2019	“”	-Plazo de ejecución de 5 meses. Págs. 1-2, archivo 9.1 > “52869499-CONTRATO-1491-2019-SECOP II”. -Contrato con sucesivas prórrogas hasta el 31 de enero de 2020 . Págs. 3-11 archivo 9.1 > “52869499-CONTRATO-1491-2019-SECOP II”.

²⁷ Págs. 45-46, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2017”.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00412-00
Demandante: MARTHA LUCIA ARDILA GARCÉS
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

No. Contrato	Fecha de inicio	Fecha de terminación	Objeto	Observaciones
3385 de 2020	01/02/2020	15/02/2020	“”	-Plazo de ejecución de 15 días. Págs. 1-2, archivo 9.1 > “52869499-CONTRATO-3385-2020-SECOP II”. -Contrato con sucesivas prórrogas hasta el 31 de enero de 2021 . Págs. 3-8 archivo 9.1 > “52869499-CONTRATO-3385-2020-SECOP II”.
3465 de 2021	01/02/2021	31/05/2021	OBJETO. Prestar servicios como auxiliar de apoyo a la gestión administrativa en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.	-Plazo de ejecución de 4 meses. Págs. 1-3, archivo 9.1 > “52869499-CONTRATO-3465-2021-SECOP II”. -Contrato con sucesivas prórrogas hasta el 15 de septiembre de 2021 . Págs. 4-8 archivo 9.1 > “52869499-CONTRATO-3465-2021-SECOP II”.
7847 de 2021	02/11/2021	31/01/2022	OBJETO. PRESTAR SERVICIOS COMO AUXILIAR DE APOYO A LA GESTIÓN ADMINISTRATIVO. ALCANCE DEL OBJETO. -Acorde con las necesidades del Servicio, las actividades podrán ser desarrolladas en la DIRECCION DE CONTRATACIÓN de LA SUBRED SUR - E.S.E.	-Plazo de ejecución de 91 días. Págs. 1-3, archivo 9.1 > “52869499-CONTRATO-3465-2021-SECOP II”.
3151 de 2022	02/02/2022	30/04/2022	OBJETO. PRESTAR SERVICIOS COMO AUXILIAR DE APOYO A LA GESTIÓN ADMINISTRATIVO en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. ALCANCE DEL OBJETO. - Acorde con las necesidades del Servicio, las actividades podrán ser desarrolladas en la DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN DE LA SUBRED SUR.	-Plazo de ejecución de 89 días. Págs. 1-3, archivo 9.1 > “52869499-CONTRATO-3151-2022-SECOP II”. -Contrato con sucesivas prórrogas hasta el 1 de agosto de 2022. Págs. 4-6 archivo 9.1 > “52869499-CONTRATO-3151-2022-SECOP II”; sin embargo, el contrato finalizó el 31 de julio de 2022, según el acta de terminación. Págs. 46-47, archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2022”.

2. Certificaciones emanadas de la Dirección de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., en donde consta que la demandante prestó sus servicios a dicha entidad, a través de los siguientes contratos de prestación de servicio (archivos 2, págs. 434 a 438; 9.1 > “200010010518-1” del expediente digital):

Contrato	Valor del contrato	Fecha de inicio	Fecha de terminación
3-209 de 2008	\$2.912.133	01/04/2008	30/06/2008
3-396 de 2009	\$5.338.911	01/07/2008	01/01/2009
3-029 de 2009 ²⁸	\$3.234.085	02/01/2009	31/03/2009
3-233 de 2009	\$3.072.300	01/04/2009	30/06/2009
3-460 de 2009	\$5.557.448	01/07/2009	03/01/2010
3-027 de 2010	\$10.118.455	04/01/2010	03/01/2011
3-010 de 2011	\$3.797.363	04/01/2011	31/03/2011
3-243 de 2011	\$3.164.469	01/04/2011	30/06/2011
3-471 de 2011	\$6.926.671	01/07/2011	03/01/2012
3-013 de 2012	\$5.309.276	04/01/2012	30/04/2012
A-639 de 2012	\$2.480.040	01/08/2012	30/09/2012
A-876 de 2012	\$1.240.000	01/10/2012	31/10/2012
1487 de 2012 ²⁹	\$1.240.000	01/11/2012	30/11/2012
A-1883 de 2012	\$1.240.000	03/12/2012	31/12/2012
367 de 2013	\$909.333	08/01/2013	31/01/2013
743 de 2013	\$3.720.000	01/02/2013	30/04/2013

²⁸ Archivo 2, pág. 434 expediente digital.
²⁹ Archivo 2, pág. 434 expediente digital.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00412-00
Demandante: MARTHA LUCIA ARDILA GARCÉS
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

1380 de 2013	\$1.240.000	01/05/2013	31/05/2013
1781 de 2013	\$2.480.000	01/06/2013	31/07/2013
2290 de 2013	\$1.281.333	01/08/2013	01/09/2013
2688 de 2013	\$1.198.667	02/09/2013	30/09/2013
3092 de 2013	\$1.240.000	01/10/2013	31/10/2013
3495 de 2013	\$1.240.000	01/11/2013	30/11/2013
3874 de 2013	\$950.666	02/12/2013	01/01/2014
361 de 2014	\$1.198.667	02/01/2014	31/01/2014
744 de 2014	\$3.720.000	01/02/2014	30/04/2014
1232 de 2014	\$3.720.000	01/05/2014	31/07/2014
1449 de 2014	\$2.480.000	01/08/2014	30/09/2014
1828 de 2014	\$1.446.667	01/10/2014	05/11/2014
2210 de 2014	\$1.033.333	06/11/2014	30/11/2014
2550 de 2014	\$1.405.333	01/12/2014	04/01/2015
81 de 2015 ³⁰	\$3.554.677	05/01/2015	31/03/2015
487 de 2015 ³¹	\$7.884.000	01/04/2015	31/05/2015
817 de 2015	\$5.256.000	01/06/2015	30/09/2015
956 de 2015	\$2.628.000	01/10/2015	03/01/2016
A0077 de 2016	\$7.621.200	04/01/2016	21/08/2016
2831 de 2016	\$394.200	22/08/2016	31/08/2016
5941 de 2016	\$6.000.000	01/09/2016	31/12/2016
1065 de 2017	\$3.000.000	02/01/2017	30/04/2017
4585 de 2017	\$9.000.000	01/03/2017	31/08/2017
7856 de 2017	\$4.350.000	01/09/2017	27/11/2017 ³²
10691 de 2017	\$950.000	14/12/2017	01/01/2018
1085 de 2018	\$4.500.000	01/01/2018	31/03/2018
4855 de 2018	\$6.000.000	02/04/2018	31/07/2018
10241 de 2018	\$1.420.956	01/08/2018	31/08/2018
11231 de 2018	\$7.104.780	03/09/2018	31/01/2019
1491 de 2019	\$17.593.704	01/02/2019	31/01/2020
3385 de 2020	\$18.262.260	01/02/2020	31/01/2021
3465 de 2021	\$11.475.000	01/02/2021	15/09/2021
7847 de 2021	\$5.325.167	02/11/2021	31/01/2022
3151 de 2022	\$12.943.000	02/02/2022	31/07/2022

- 3. Reclamación administrativa laboral radicada el 12 de agosto de 2022 ante la entidad demandada, mediante la cual se solicitó el reconocimiento y declaración de la existencia de una relación laboral encubierta y, en consecuencia, el reconocimiento y pago de derechos y prestaciones sociales derivados de esta (archivo 2, págs. 54 a 66 expediente digital).
- 4. Oficio No. 2022020000194651 del 8 de septiembre de 2022, por medio del cual se negó la totalidad de las solicitudes de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de la demandante (archivo 2, págs. 44 a 52 expediente digital).
- 5. Carnet de contratista de la demandante (archivo 2, pág. 596 expediente digital).
- 6. Expediente administrativo aportado por la parte demandante (archivo 2, págs. 77 a 658 expediente digital).

³⁰ Archivo 2, pág. 435 expediente digital.
³¹ Archivo 2, pág. 435 expediente digital.
³² Archivo 2, pág. 435 expediente digital. Además, la ficha de terminación está soportada con las prórrogas obrantes (Págs. 105 y 107 archivo 9.1 > “MARTHA LUCIA ARDILA GARCES-52869499-2017”).

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

7. Expediente contractual de la demandante (archivos 9.1 expediente digital).
8. Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la entidad demandada contenidos en el Acuerdo No. 013 de 2017 y Acuerdo No. 001 de 2020 de la Subred Sur E.S.E. (archivo 2, págs. 660 a 1928 expediente digital).
9. Extracto del Manual de Funciones y Competencias Laborales del empleo auxiliar administrativo código 407 grado 14 del extinto Hospital Meissen vigente entre el 1° de abril de 2008 y el 5 de abril de 2017 y de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. desde 6 de abril de 2017 hasta el 31 de julio de 2022, contenidos en la Resoluciones Nos. 102 del 25 de junio de 2008, 002 de 2017 del 11 de enero de 2007, 144 del 6 de octubre de 2010, 012 del 20 de enero de 2012, 169 del 3 de julio de 2005 y Acuerdos Nos. 001 de 2020 y 013 de 2017 (archivo 23, págs. 29 a 66 expediente digital).
10. Listado de los auxiliares administrativos código 407 grado 14 de la entidad demandada durante el tiempo de vinculación de la demandante (archivo 23, págs. 4 a 8 expediente digital).
11. Certificación en la consta lo que devengaba un auxiliar administrativo código 407 grado 14 de planta durante el tiempo de vinculación de la demandante (archivo 23, pág. 10 expediente digital).
12. En desarrollo de la audiencia de pruebas que se llevó a cabo el 25 de agosto de 2023 (archivos 24 y 25 del expediente digital), se escuchó el interrogatorio de parte de la señora **Martha Lucia Ardila Garcés**, quien señaló que laboró con las señoras Magda Ximena Paredes Liévano y Angie Lorena Pulido Mora (testigos solicitadas por la parte demandante) durante 8 años. Aclaró que con la señora Ximena Paredes laboró desde el 2016 y con la señora Angie Pulido laboró durante 4 años, con ambas desempeño funciones similares dentro de la Dirección de Contratación de la entidad. Mencionó que compartieron como jefes a las señoras Martha Lucía Nieto, María Claudia Oñate y Ruth Stella Roa. Indicó que ingresó en el 2008 al Hospital Meissen, en la Subdirección de Apoyo, donde su jefe en ese entonces se llamaba Lever Giovanny Becerra Vargas, allí cumplía horarios de 7:30 a.m. a 4:30 p.m. y se le exigía que debía permanecer en la entidad, ya que ella autorizaba oxígeno domiciliario a los usuarios, lo cual era una atención presencial y sostuvo que a veces se excedían esos horarios por orden del jefe. Mencionó que en el 2012 pasó al área administrativa, y prestó servicios como secretaria de jurídica y de contratación, allí manejaba temas relacionados con los contratos de los proveedores, entregaba informes de la contratación al área financiera. Posteriormente, en el 2016, hubo una fusión en la entidad y su jefe era José Henry Orosco; también pasó al Hospital Tunal y ahí estuvo en el área de gestión documental de contratación y ahí su jefe fue Martha Lucía Nieto y luego María Claudia Oñate. Manifestó que cuando ocurrió la fusión debía ir los sábados y domingos para apoyar la organización de la documentación del área de contratación y proveedores, en esa época su horario era de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. Señaló que siguió en el área de contratación y al final su jefe era la señora y Ruth Stella Roa. Afirmó que durante todo el lapso de su vinculación no tuvo contratación con ninguna otra entidad. Relató que el control de horario se realizaba a través de una líder que revisaba quiénes llevaban a la hora de entrada y, en caso de no llegar temprano, llamaban la atención; enfatizó que los jefes siempre estaban pendientes de dicho horario, puesto que no podía llegar después de las 7:00 a.m. ni podía salir antes de las 5:00 p.m. Indicó que el control era verbal, no tenía que firmar algún documento de ingreso, ello solo ocurrió durante un mes, pero después lo quitaron. Relató que, por orden de la jefe Ruth, estuvo prestando sus funciones en un archivo que queda en un lugar diferente al de la entidad. Indicó que a veces no se cumplía con las funciones que se plasmaban en el contrato, sino que se realizaban otras actividades. Manifestó que con las personas que refirió como jefes se veía todos los días y aquellas estaban pendientes de las actividades que ella estuviera realizando dentro de las fechas que se hubieran estipulado. Mencionó que desarrolló sus funciones en la sede administrativa de la entidad y excepcionalmente en el archivo ubicado en el Carmen y afirmó que cuando tenía que variar el lugar lo hacía siguiendo la orden de su jefe. Manifestó que las actividades que realizó siempre fueron presenciales. Mencionó que conoció a la señora Carmenza Manotas, quien era la líder que tenía su jefe Ruth Stella Roa. Sostuvo que, para obtener el pago por sus actividades, debía pasar un informe con todo lo realizado,

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

describir lo que se había hecho a diario y adjuntar las planillas de seguridad social; ello se lo presentaba a la señora Ruth. Indicó que ella sabía lo que tenía que hacer a través de instrucciones que le daban por medio del correo electrónico y verbales. Afirmó que existía personal de planta que realizaban las mismas funciones, frente a ello mencionó a las señoras Omaira Neira (en el Hospital Meissen), Flor (en la Subred), Belén Morales (en la Subred) y Luz Dary Mora (en la Subred), y adujo que conocía que ellas eran de planta porque tenían un código en el nombre del cargo. Sostuvo que las personas mencionadas de la Subred también laboraban en el archivo del área de contratación y compartían sus funciones. Manifestó que en lo que estuvo vinculada en la entidad nunca fue sujeto de alguna investigación disciplinaria.

13. Se escuchó la declaración de la testigo **Magda Ximena Paredes Liévano**, solicitada por la parte demandante, quien indicó que laboró en la entidad demandada desde el 2002 hasta el 2022 como auxiliar administrativo y técnico administrativo (como contratista) y que conoció a la demandante, ya que fueron compañeras de trabajo desde el 2016 hasta el 2022. Manifestó que la demandante realizaba funciones en el archivo de la entidad en el área de bienes, hacía parte en los procesos de contratación y hacía seguimiento a los procesos. Afirmó que los horarios de la demandante los establecía la jefe que tenían, quien era Ruth Stela Roa. Indicó que las actividades que realizaba la actora eran personales, pues la jefe era la que daba las instrucciones del trabajo y cada una tenía su equipo con sus propias contraseñas. Relató que conoce que, para el pago, debían acreditar las respectivas cotizaciones de seguridad social y pasar la cuenta de cobro. Sostuvo que los jefes verificaban el cumplimiento de los horarios pasando por los lugares de trabajo a las 7:00 a.m. y a las 5:00 p.m. y a veces, sin importar el horario, debían quedarse más tiempo. Indicó que les daban un carnet institucional que debían portar siempre. Manifestó que la entidad suministraba el computador con la clave y usuario, escritorio e insumos de oficina. Sostuvo que había funcionarios de planta con las mismas funciones que la demandante, entre ellos, nombró a la señora Belén y a la señora Luz Dary Mora. Afirmó que los cargos desempeñados por ella y por la demandante eran indispensables. Señaló que no ejecutaba las mismas funciones que la actora pero que sí estaba en el mismo sitio, esto es, el área de contratación, y que las funciones que ella desempeñaba estaban relacionadas con el pago de los contratistas. Manifestó que su supervisora del contrato era la misma que la demandante, es decir, la señora Ruth Stella Roa. Relató que a la demandante siempre le tocaba ir presencial de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. de lunes a viernes a ejecutar sus funciones y que no se podía ausentar de su trabajo. Aclaró que el carnet que suministraba la entidad decía que era contratista. Mencionó que la demandante escaneaba documentos, organizaba las carpetas, foliaba y entregaba esas carpetas a los abogados o a los proveedores si las necesitaban. Sostuvo que si la demandante se debía ausentar tenía que pedirle permiso al jefe, pero que no le consta si la actora recibió la indicación de que tuviera la obligación de pedir dicho permiso.
14. Se escuchó la declaración de la testigo **Angie Lorena Pulido Mora**, solicitada por la parte demandante, quien manifestó que tuvo vinculación de contrato de prestación de servicios con la entidad demandada entre el año 2020 y el 2022. Indicó que conoció a la demandante porque fue su compañera de trabajo desde que inició su vinculación (mayo de 2020). Mencionó que la actora tenía también un contrato de prestación de servicios, era apoyo a la gestión, en sus funciones estaba todo el manejo del archivo, apoyaba el plan anual de adquisiciones, apoyaba en las diferentes etapas del proceso de contratación, bienes y servicios, contacto con proveedores, entre otros. Señaló que no tenían las mismas funciones, pero conocía de ellas porque a veces se apoyaban entre compañeros. Relató que en los contratos no se especificaba un horario laboral como tal, pero los jefes de área sí exigían que estuvieran mínimo de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. Señaló que las funciones desempeñadas por la demandante eran siempre impartidas por el jefe del área, dentro de esas jefes que tuvieron mencionó a Ruth Stella Roa, Luz Marina y a Carmenza Manotas. Manifestó que el control de horario se hacía de manera personal y verbal en las oficinas. Indicó que la demandante y todos los que laboraban en la Subred debían siempre portar un carnet. Refirió que la demandante y todos los demás tenían puesto de trabajo, computador, escritorio, y además ella debía tener carpetas, memos, esferos, entre otros. Manifestó que todos recibían llamados de atención por horarios, por no estar cumpliendo las actividades en el puesto de trabajo, y que recuerda que una vez le llamaron la atención a la demandante por no tener las carpetas donde tenían que estar.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Indicó que siempre que se fueran a ausentar tenían que pedir permiso. Afirmó que en la oficina en la que laboraban solo había una persona de planta que realizaba funciones parecidas a la demandante y que cuando esa persona se ausentaba la actora era la que realizaba sus funciones; frente a ello, recuerda que esa persona de planta se llama Luz Dary. Relató que, para recibir el pago, debía presentar los soportes de los pagos de seguridad social y los informes de las actividades, lo cual se cargaba a la plataforma Secop II con aprobación del jefe de área y, posterior a eso, se realizaba el pago. Afirmó que el carnet que debía portar la identificaba como contratista de la entidad. Indicó que presencié que una vez le llamaron la atención porque se requería con urgencia una carpeta y ella no se encontraba. Mencionó que la señora Luz Dary no trabajó en el archivo de la oficina. Sostuvo que las actividades de la demandante eran presenciales, pues requería de contacto directo con el archivo.

15. Se escuchó la declaración de la testigo **María Claudia Oñate Vásquez**, solicitada por el ente demandado, quien inició vinculación como contratista con la entidad demandada en el año 2016 y, posteriormente, en el año 2019 fue vinculada en libre nombramiento y remoción. Señaló que fue compañera de la demandante en bienes y servicios en el área de contratación de la Subred Sur E.S.E. Afirmó que fue apoyo técnico a la supervisión del contrato de la actora y posteriormente supervisora del mismo. Indicó que la demandante realizaba funciones relacionadas con la rotulación, foliatura, custodia y guarda de los expedientes contractuales de la oficina de bienes y servicios, prestaba apoyo a la gestión documental, entre otras. Relató que ella supervisaba las actividades que la demandante ejecutaba, para lo cual se le entregaban los documentos que ella debía manipular. Indicó que desde la supervisión se realizaba la verificación y entrega de la documentación y la actora realizara sus actividades. Indicó que la verificación se hacía aleatoriamente. Indicó que la actora realizaba sus actividades en la oficina de contratación. Sostuvo que, como supervisora, nunca le exigió a la demandante el cumplimiento de un horario de trabajo. Manifestó que si la demandante debía retirarse de sus actividades antes de las 5:00 p.m. no sucedía nada y que tampoco le indicó a la actora que debía pedir permiso. Manifestó que tampoco se le dijo a la demandante que debía acudir a la entidad sábados y domingos por lo menos una vez al mes. Relató que no era necesario que la actora estuviera en su lugar de trabajo para que la oficina funcionaria con normalidad e indicó que siempre en la oficina había pares para que se pudieran reemplazar si llegare a necesitarse, para ello mencionó al señor Jerson Reyes, quien fue contratista. Mencionó que no había un funcionario de planta que cumpliera las mismas actividades que la demandante en bienes y servicios. Señaló que nunca le realizó ningún llamado de atención a la demandante. Indicó que la actora era autónoma en el desarrollo de sus actividades, pues ella realizaba las funciones a su ritmo una vez le entregaban los documentos. Aludió que la señora Martha Ardila no estaba a cargo de ningún otro funcionario y que sus actividades las rendía solo en el informe para el pago. Mencionó que sí estuvo una señora de planta llamada Belén, pero que sus funciones no eran las mismas que las de la demandante. Manifestó que conoció a la señora Magda Ximena Paredes Liévano y fue su supervisora en un tiempo, pero que nunca le exigió el cumplimiento de horarios. Afirmó que la demandante iba todos los días a las oficinas de la entidad y señaló que no era posible que desarrollara sus funciones desde su casa o desde otro lugar.

16. Por último, se escuchó la declaración de la testigo **Carmenza Jaimina Manotas Bueno**, solicitada por el ente demandado, quien es la directora de contratación de la Subred Sur E.S.E. desde septiembre de 2022 hasta la fecha, antes era líder de bienes y servicios de la entidad, y que fue apoyo a la supervisión y supervisora de los contratos de prestación de servicios de la demandada. Señaló que realizó apoyo a la supervisión aproximadamente de julio de 2020 hasta julio de 2022. Indicó que la demandante ejecutaba actividades como revisión del archivo, alistamiento de carpetas, gestión documental, entre otros. Mencionó que desarrollaba sus funciones en varios lugares: Hospital Tunal, en el Carmen, en la sede administrativa o donde estuviera el archivo de la entidad, y a veces en casa; frente al trabajo en casa, sostuvo que, con ocasión a la pandemia del Covid-19, surgieron actividades que la demandante podía realizar en casa, por ejemplo, cuando hacía la división de documentos, podía escanearlos y luego en casa podía repartir los archivos para que quedaran en un solo documento en pdf, también podía hacer la revisión del Secop II en casa. Mencionó que el lugar donde se debía dirigir la demandante dependía de lo que se requiriera en su momento, para ello, había una líder de grupo (Ángela Quitian) que era la que determinaba cómo se desarrollaría la

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

logística para cumplir con los requerimientos. Indicó que todas las personas de ese grupo eran contratistas. Afirmó que para trabajar en casa dependía de la coordinación del grupo. Sostuvo que no tiene conocimiento que se le haya exigido a la demandante el cumplimiento de un horario y que ella no se lo había exigido, pues solo verificaba era el cumplimiento de metas. Mencionó que no se veía todos los días con la demandante. Manifestó que por parte de ella no hubo llamados de atención dirigidos a la actora y que aquella no fue sujeto de ningún proceso disciplinario. Señaló que había días que sí era necesario que la demandante estuviera en la oficina, por lo que debía avisar con antelación si necesitaba ausentarse. Refirió que no había ninguna persona de planta que ejecutara las mismas funciones que la actora. Afirmó que conoció a las señoras Magda Ximena Paredes Liévano y Angie Lorena Pulido Mora, quienes también fueron contratistas, y que hizo apoyo a la supervisión del contrato de Angie Pulido. Aludió que las funciones de la demandante no correspondieron a la misionalidad de la entidad. Aclaró que hay actividades que podía realizar desde casa, siempre y cuando fuera con los documentos escaneados, pero que hay otras actividades, como foliar, que no podía desarrollar en casa, ya que ello implica contacto directo con el documento físico.

Del contrato realidad en el ámbito internacional

En este punto, es menester recordar que el Artículo 53 de la Constitución Política de 1991 establece la protección del trabajo y de los trabajadores, precisando principios mínimos fundamentales como: igualdad de oportunidades, remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, situación más favorable al trabajador, primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, garantía de la seguridad social, entre otros; principios que no solo deben ser observados por el legislador al momento de expedir el estatuto del trabajo, sino que además deben ser acatados por la administración en condición de empleador.

Frente al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, la Recomendación Internacional del Trabajo No. 198 sobre la relación de trabajo adoptada por la OIT en 2006, señaló que la existencia de una relación de trabajo debe determinarse de acuerdo a los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, indistintamente de la manera en que se caracterice la relación y puntualmente precisó:

“(…)

13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador”.

Son de resaltar los literales a y b del numeral 13 de la recomendación referida, en donde se señala que los indicios a tener en cuenta para declarar la existencia de una relación laboral pueden estar determinados por:

1. Que la labor se realice según las instrucciones y bajo el control de otra persona.
2. Que la prestación del servicio implica la integración del trabajador en la organización de la empresa.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

3. Que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador.
4. Que debe desempeñarse dentro de un horario determinado.
5. Que se realice en el lugar indicado por quien solicita el trabajo, con cierta duración y continuidad.
6. Que requiere la disponibilidad del trabajador, suministrando herramientas, materiales y maquinaria por parte de la persona que requiere el trabajo.
7. El pago de una remuneración periódica al trabajador, que vendría a constituir su única y principal fuente de ingresos

Cabe recordar que, en la legislación colombiana, el Artículo 93 de la Constitución Política reconoce la importancia de tratados y convenios internacionales y los incluye como parte del llamado bloque de constitucionalidad. No obstante, pese a que las recomendaciones de la OIT no tienen el mismo efecto vinculante que podría tener un convenio ratificado por el Estado colombiano, sí deben ser observadas y tenidas en cuenta para la interpretación y protección de derechos fundamentales³³.

Normativa interna y posición jurisprudencial

La Constitución Política ha establecido que, por regla general, los cargos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, excepto aquellos empleos de elección popular, de libre nombramiento y remoción y aquellos desempeñados por trabajadores oficiales; mientras que, por su parte, la Ley 80 de 1993 estableció en el numeral 3º del Artículo 32 la posibilidad de utilizar contratos de prestación de servicios para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y estableció que dichos contratos solamente podrán celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, resaltando además que no generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebraran por el término estrictamente indispensable.

Ahora bien, particularmente tratándose de las empresas sociales del Estado, estas fueron creadas por gracia de la Ley 100 de 1993, norma que además estableció el régimen jurídico y el estatuto de personal, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 194. NATURALEZA. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.”

ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "Empresa Social del Estado".
2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.
3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.
4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley.
5. **Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.**
6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.
7. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.
8. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.

³³ Corte Constitucional, sentencia SU-555 del 24 de julio 2014, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00412-00
Demandante: MARTHA LUCIA ARDILA GARCÉS
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

9. Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos.” (Resaltado fuera del texto).

Por su parte, la referida Ley 10 de 1990, “Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”, a la que se hace alusión en la norma transcrita, indicó:

“Artículo 26º.- Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera.

Son empleos de libre nombramiento y remoción:

1. En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1 de la Ley 61 de 1987.
2. En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:
 - a. Los de Secretario de Salud o Director Seccional o local del sistema de salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente siguiente;
 - b. Los de Director, Representante Legal de entidad descentralizada y los del primero y segundo nivel jerárquico, inmediatamente siguientes;
 - c. Los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría. **Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-387 de 1996.”**

Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.

Parágrafo.- Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.

Es así como de la normativa citada deviene que el acceso al servicio público en las empresas sociales del Estado tiene un carácter reglado y obedece a unos postulados de mérito, eficiencia y calidad, siendo el concurso de méritos el mecanismo idóneo para vincularse laboralmente con este tipo de entidades administrativas.

Sin embargo, se ha visto cómo la administración en sus diferentes niveles ha utilizado los contratos de prestación de servicios para cumplir funciones misionales de la entidad desdibujando las formas propias de vinculación, razón por la cual la Corte Constitucional ha indicado que, siempre que se estructuren los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, este se entiende constituido en desarrollo y aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas, y ha señalado que la independencia y autonomía del empleado o contratista respecto de la entidad en donde presta sus servicios, en una relación de prestación de servicios profesionales, constituye pieza fundamental de esa situación. Así, se trae en cita lo previsto por esta Corporación en Sentencia C-154 de 1997, con ponencia del magistrado Hernando Herrera Vergara, por medio de la cual se estudió la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del numeral 3º del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que particularmente señaló:

*“...Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, **para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.***

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente”. (Resaltado fuera de texto).

Posteriormente, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C – 171 de 2012, fijó ciertos límites a la contratación estatal en defensa del derecho al trabajo, resaltando de manera especial que no puede utilizarse el contrato de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pero siendo enfática en precisar las condiciones que se configure ese criterio funcional, en los siguientes términos:

“5.5 En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (i) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (ii) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (iii) requieran de conocimientos especializados.

*En este sentido, esta Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. **Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente**, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren **(i) al criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”**³⁴; **(ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”**; **(iii) al criterio temporal o de habitualidad, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”**; **(iv) al criterio de excepcionalidad, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”**; y **(v) al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral”**. (Resaltado fuera de texto)*

Ahora bien, en cuanto a los elementos que debe demostrar la parte actora para que se declare configurada la relación laboral, el Consejo de Estado, en un caso similar al que aquí se debate, mediante sentencia del 2 de junio de 2016, con ponencia del consejero Luis Rafael Vergara Quintero, dentro del proceso No. 81001233300020120004301, señaló:

“Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la actora pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe acreditar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia para desentrañar de la apariencia del contrato de

³⁴ Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00412-00
Demandante: MARTHA LUCIA ARDILA GARCÉS
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral”.

Adicionalmente, la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia del 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001, unificó algunos criterios relacionados con la prescripción extintiva del derecho y la forma en que ha de restablecerse el derecho en las demandas de contrato realidad y precisó que para que se entienda configurado el mismo deben concurrir los siguientes elementos:

“En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión”.

A su vez, en reciente sentencia de unificación de la Sección Segunda SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021, dentro del proceso con radicado 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), procedió a fijar las siguientes reglas de unificación respecto del contrato realidad, así:

*“(i) **La primera regla** define que el concepto de «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.*

*(ii) **La segunda regla** establece un **periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad**, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente.*

*(iii) **La tercera regla** determina que, frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal”.*

En consecuencia, para que se declare la existencia de la relación laboral es necesario que la parte interesada despliegue una importante tarea probatoria a efectos de demostrar que se configuran tres elementos indispensables, a saber:

1. La prestación personal del servicio,
2. La remuneración, y
3. La subordinación o dependencia, siendo este último elemento el que encierra circunstancias como el cumplimiento de órdenes; la imposición de reglamentos; la permanencia en la entidad; la similitud con los funcionarios de planta la cual hace referencia al *criterio funcional* desarrollado por la Corte Constitucional y citado en precedencia y que implica la ejecución de labores correspondientes al ejercicio ordinario

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

de las funciones de la entidad desarrolladas en las mismas condiciones del personal de planta, es decir, configurando los tres elementos de la relación laboral; la habitualidad que implica que la labor se desarrolle en el mismo horario que se desarrolla la relación laboral; un criterio excepcional, es decir que no haya sido contratada por conocimientos especializados o para una tarea transitoria que resulte necesario redistribuir por exceso de trabajo; y la continuidad que también atañe a desempeñar funciones de carácter permanente.

Del caso concreto

Inicialmente, en atención a que el apoderado de la parte demandante presentó de manera expresa la tacha contra las testigos María Claudia Oñate Vásquez, por haber laborado como directora de contratación en la Subred Sur E.S.E., y Carmenza Jaimina Manotas Bueno, por ser actualmente funcionaria de la entidad demandada, al considerar que habría conflicto de intereses, es necesario indicar que, de conformidad con el Artículo 211 del C.G.P., al momento del fallo se debe efectuar un análisis crítico de todos los medios de prueba allegados al expediente, con el fin de establecer si existe alguno que secunde o respalde las declaraciones del deponente, de manera que la duda respecto de la imparcialidad del testigo desaparezca, y se obtenga la credibilidad necesaria para tener certeza sobre los hechos que quieren demostrarse.

Así las cosas, advierte el despacho que, examinadas las declaraciones de las mencionadas testigos, no se evidenció alguna imparcialidad por parte de aquellas; al contrario, las respuestas de las testigos fueron relatos espontáneos respecto de lo que les constó de la prestación de los servicios de la demandante, ya que en diferentes épocas ejercieron la supervisión o apoyo a la supervisión de los contratos signados por la actora. Sin embargo, en atención a que la tacha de los testigos no hace improcedente la recepción de sus testimonios ni la valoración de los mismos, la declaración rendida se examinará con mayor rigurosidad³⁵.

Efectuadas las anteriores precisiones, debe esta sede judicial entrar a analizar si el demandante logró probar la configuración de los elementos constitutivos del contrato realidad, como se sigue:

De la remuneración

Al expediente se allegó certificación contractual en la que constan los pagos efectuados al demandante con ocasión de los contratos de prestación de servicios celebrados desde el 1º de abril de 2008 hasta el 31 de julio de 2022, como contraprestación directa a los servicios prestados en el hospital o en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. (archivos 2, págs. 434 a 438; 9.1 > “200010010518-1” del expediente digital), circunstancia que configura este elemento de la relación laboral.

Adicionalmente, en los contratos se indicó expresamente que la forma de pago consistiría en que la entidad le pagaría a la demandante el valor del contrato mediante pagos realizados en mensualidades vencidas, conforme el número de horas ejecutadas durante el mes y certificadas por el supervisor del contrato³⁶, es decir que el pago se realizaba como contraprestación directa a los servicios prestados en la entidad demandada.

De la prestación personal del servicio

Está demostrado en el plenario que la demandante prestaba personalmente sus servicios, toda vez que se trata de una labor que no podía delegar como auxiliar administrativo. Así mismo, se advierte que, conforme a lo señalado por la demandante y las testigos, la actora desempeñó sus funciones al interior de las instalaciones de los Hospitales Meissen y Tunal, y posteriormente, luego de la fusión de dichos hospitales, laboró en la infraestructura de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.³⁷, para lo cual, según las declaraciones de las testigos del extremo activo y de la demandante, cumplió un horario de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. Se extrajo tanto de las declaraciones como de los contratos de prestación de servicios suscritos que la actora prestó

³⁵ Ver sentencia del Consejo de Estado-Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera ponente: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, de fecha diecisiete (17) de enero de dos mil doce (2012), radicación número: 11001-03-15-000-2011-00615-00 (pérdida de investidura).

³⁶ Contrato de Prestación de Servicios No. 7847 de 2021. Cláusula Tercera: Forma de pago (pág. 1, archivo 9.1 > “52869499-CONTRATO-7847-2021-SECOP II” expediente digital)

³⁷ Ello lo hacía en las instalaciones de la Subred Sur E.S.E., ya que allí estaba la dirección de contratación, o en los distintos lugares donde se encontrara el archivo de la contratación.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

servicios asistenciales y de gestión documental en el archivo de la Dirección de Contratación de la entidad demandada, de modo que, al requerir contacto físico con dicho archivo, se comprueba que las funciones las desarrollaba en dentro de la entidad.

Ahora, respecto de las afirmaciones esbozadas por los testigos de la parte demandada en las que se alude que la demandante podía trabajar desde su casa, se estima que ello solo ocurrió con ocasión a la pandemia, es decir que no era por libre escogencia de la demandante de trabajar allí, sino que debía escanear documentos en las oficinas para así poder trabajar en casa sobre los documentos escaneados.

De la subordinación

Aunque para declarar configurada la relación laboral es necesario que la parte interesada demuestre de manera fehaciente que se reúnen los tres elementos antes señalados, **la subordinación** resulta ser el más importante, porque reúne varios aspectos a saber:

1. El cumplimiento de órdenes y reglamentos: al respecto, se encuentra que la actora en su declaración explicó que, cuando laboró en el Hospital Meissen, tenía un jefe que se llamaba Lever Giovanni Becerra Vargas, posteriormente, pasó al área administrativa asistenciales de secretaría en jurídica y en contratación y luego al área de gestión documental de contratación, donde tuvo como jefes por distintos lapsos a las señoras Martha Lucía Nieto, María Claudia Oñate y Ruth Stella Roa, quienes supervisaban todas las actividades que realizaba la demandante e impartían directrices sobre las mismas. Adicionalmente, los testigos de la parte actora coincidieron en que la señora Ruth Stella Roa era la jefe de la demandante y que ella establecía y verificaba el cumplimiento de los horarios; además, manifestaron que la demandante debía presentar informes de cumplimiento de las funciones del contrato ante los supervisores de la misma entidad, lo cual era indispensable para pasar las cuentas de cobro, ello quiere decir que la demandante no ejercía sus funciones de manera autónoma.
2. Permanencia en la entidad: de la mano con lo expuesto en el numeral anterior, es evidente que la demandante debía permanecer en la entidad demandada durante los horarios en los que desempeñaba las actividades, pues en la declaración de la demandante se afirmó que cuando laboró en el Hospital Meissen debía permanecer en la entidad, ya que dentro de sus funciones se encontraba la autorización de oxígeno domiciliario a los usuarios, lo cual requería de una atención presencial. Posteriormente, cuando estuvo en gestión documental de contratación, se estableció que debía permanecer en las instalaciones de la entidad o donde estuviera el archivo de contratación, pues ella era quien tenía la manipulación sobre los documentos de dicho archivo. Además de ello, se estableció que a la demandante se le suministraba un computador para realizar sus actividades junto con el puesto de trabajo y los insumos de papelería que requiriera para la ejecución de sus funciones.
3. Similitud con los funcionarios de planta / funciones del giro ordinario de la empresa: se observa que al expediente se allegó extracto del manual específico de funciones y competencias laborales de la entidad demandada, específicamente del empleo auxiliar administrativo código 407 grado 14, contenidos en las Resoluciones Nos. 102 del 25 de junio de 2008, 002 de 2017 del 11 de enero de 2007, 144 del 6 de octubre de 2010, 012 del 20 de enero de 2012, 169 del 3 de julio de 2005 y Acuerdos Nos. 001 de 2020 y 013 de 2017 (archivo 23, págs. 29 a 66 expediente digital); no obstante, teniendo en cuenta que durante toda la relación contractual la demandante desempeñó distintas funciones en el tiempo, no se encuentra un cargo que cumpla con todas las funciones que aquella cumplió. En este punto se advierte que, si bien el empleo de auxiliar administrativo código 407 grado 14, según el Acuerdo No. 001 de 2020 tiene funciones propias de apoyo en el área de contratación de la entidad demandada, lo cual guarda relación con las funciones relacionadas por los testigos en la audiencia de pruebas, lo cierto es que tales funciones específicas no se encuentran plasmadas en las cláusulas de los contratos de prestación de servicios, de ahí que, al no coincidir de manera directa, no se realizará la equiparación del empleo solicitado.

Sin embargo, dado que en todo caso la demandante prestó sus servicios como auxiliar administrativo, es dable afirmar que las funciones para las cuales fue contratado hacen

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

parte del giro ordinario de la entidad, pues no se trata de conocimientos especializados para una tarea transitoria sino de una labor que se volvió continua; tanto es así que los contratos se suscribieron de forma sucesiva a lo largo de aproximadamente de 14 años - con tan sólo algunos días de interrupción-, elementos que configuran los criterios de habitualidad y continuidad y desvirtúan la excepcionalidad en la prestación del servicio.

En conclusión, esta sede judicial encuentra desvirtuada la existencia del contrato de prestación de servicios y configurados los elementos que constituyen el contrato realidad de la señora Martha Lucia Ardila Garcés; sin embargo, previo a disponer la nulidad del acto administrativo acusado y el correspondiente restablecimiento del derecho, será necesario pronunciarse frente al fenómeno jurídico de la prescripción.

De la prescripción en el contrato realidad

La prescripción es una sanción al titular del derecho por su no ejercicio dentro del término legamente establecido para ello; sin embargo, en materia de contrato realidad, diferentes habían sido las interpretaciones que se desarrollaron en torno al tema, razón por la cual el Consejo de Estado, mediante sentencia del 9 de septiembre de 2021, dictada dentro del proceso No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), unificó lo relacionado con la materia efectuando las siguientes precisiones:

1.

El término con el cual cuenta el interesado para reclamar que se declare la existencia de la relación laboral y que se proceda al reconocimiento y pago de los derechos laborales a que haya lugar es de tres (3) años contados a partir de la terminación del último contrato de prestación de servicios, de conformidad con las previsiones de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.
2.

En aquellos contratos de prestación de servicios pactados por un interregno determinado y con lapso de interrupción entre uno y otro, la prescripción debe analizarse a partir de la fecha de terminación de cada uno de ellos.
3.

El fenómeno jurídico de la prescripción no cubija a los aportes para pensión, toda vez que el derecho pensional es imprescriptible y se causa día a día, sin que ello cobije la devolución de dineros ya pagados por los contratistas.

Como se indicó anteriormente, en reciente sentencia de unificación de la Sección Segunda³⁸ se estableció un periodo de treinta días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad.

Ahora bien, de acuerdo con los contratos de prestación de servicios aportados al expediente y relacionados anteriormente, así como de la certificación remitida por la entidad, se vislumbra que se presentó una interrupción de más de 30 días hábiles por lo que en aplicación de la sentencia de unificación se impone analizar la prescripción por grupos de contratos interrumpidos por ese término, a partir de la fecha en que finalizaron, como se pasa a ver:

GRUPOS DE PERIODOS LABORADOS	TÉRMINO PARA EFECTUAR LA RECLAMACIÓN
Del 1° de abril 2008 al 30 de abril de 2012	Desde abril de 2012 a abril de 2015
Del 1° de agosto de 2012 al 15 de septiembre de 2021	Desde septiembre de 2021 a septiembre de 2024
Del 2 de noviembre de 2021 al 31 de julio de 2022	Desde julio de 2022 a julio de 2025

Teniendo en cuenta que la reclamación fue presentada por la demandante el 12 de agosto de 2022 ante la entidad demandada (archivo 2, págs. 54 a 66 expediente digital), interrumpió el término prescriptivo por una sola vez de los derechos generados con ocasión de los contratos celebrados con la entidad, razón por la cual se encuentran prescritos los contratos ejecutados entre el 1° de abril 2008 y el 30 de abril de 2012 (Contratos Nos. 3-209 de 2008, 3-396 de 2009, 3-029 de 2009, 3-233 de 2009, 3-460 de 2009, 3-027 de 2010, 3-010 de 2011, 3-243 de 2011, 3-471 de 2011, 3-013 de 2012 y A-639 de 2012), pues en estos la reclamación no se efectuó dentro

³⁸ Consejo de Estado, SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021, dentro del proceso con radicado 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

Expediente: 11001-3342-051-2022-00412-00
Demandante: MARTHA LUCIA ARDILA GARCÉS
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

de los 3 años siguientes a su terminación; en los contratos celebrados a partir del 1° de agosto de 2012, no transcurrieron más de 3 años³⁹.

Lo anterior, por cuanto en el presente caso no hay prueba dentro del expediente que justifique la interrupción superior a 30 días que permita flexibilizar la regla de unificación dispuesta por el Consejo de Estado.

De la declaración de nulidad y el restablecimiento del derecho

De conformidad con lo anterior, esta sede judicial procederá a declarar la nulidad del acto administrativo demandado, esto es, el Oficio No. 20220200194651 del 8 de septiembre de 2022 (archivo 2, págs. 44 a 52 expediente digital). A título de restablecimiento del derecho⁴⁰, se ordenará el reconocimiento y pago en favor de la demandante de: i) la totalidad de prestaciones sociales y demás acreencias laborales devengadas por los empleados de planta de la entidad, pero tomando como base los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios desde el 1° de agosto de 2012 hasta el 31 de julio de 2022 (descontando los días de interrupción de los contratos); ii) tomar el ingreso base de cotización de la demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en pensiones, cotizar la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó durante sus vínculos contractuales y, en caso de no haberlas hecho o existir diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora⁴¹, por el periodo trabajado entre el 1° de abril 2008 y el 31 de julio de 2022 (descontando los días de interrupción de los contratos).

El tiempo efectivamente laborado por la actora se computará para efectos pensionales.

Respecto a las pretensiones dirigidas al reconocimiento de cesantías, intereses de las cesantías y vacaciones, se advierte que el Consejo de Estado⁴² recientemente señaló lo siguiente:

“(…) Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016⁴³, la sección segunda de esta Corporación determinó, entre otras reglas, que el reconocimiento de prestaciones, derivado de la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho, pues al trabajador ligado mediante contratos y órdenes de prestación de servicios, «[...] pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria [...] le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo».

Por ende, al haber declarado la existencia de una relación laboral entre el supuesto contratista y la Administración, corresponde compensarle al primero el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria, pero comoquiera que el daño de impedirle el goce de tal periodo se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero tal garantía en los términos del aludido artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005”.

Igualmente, la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021, el Consejo de Estado ordenó el reconocimiento y pago de las cesantías, intereses a las cesantías y las vacaciones, cuando se trate de relaciones laborales encubiertas, así: “... Con base en la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en los derroteros jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado en casos de contornos análogos fáctica y jurídicamente al asunto que ahora es objeto de estudio y en el acervo probatorio, la Sala concluye que a la señora Gloria Luz Manco Quiroz, como parte trabajadora de una relación laboral (encubierta o subyacente), le asiste el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales que deprecia (**cesantías, intereses**

³⁹ La demanda se radicó el 8 de noviembre de 2022 (archivo 3 expediente digital).

⁴⁰ Se ordena a título de restablecimiento del derecho y no a título indemnizatorio de acuerdo a la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de agosto de 2016, proferida por el consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

⁴¹ Así lo explicó el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 201, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

⁴² Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda., 06 de mayo de 2021, radicación: 50001-23-31-000-2011-00304-01(2079-18), Actor: Eider Orlando del Río Carrillo, C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.

⁴³ Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (88-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00412-00
Demandante: MARTHA LUCIA ARDILA GARCÉS
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

a las cesantías, vacaciones, primas, entre otras), en el periodo comprendido entre el 29 de enero de 2005 y el 30 de diciembre de 2011, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.” (negrilla fuera del texto).

Así las cosas, resulta que a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento de las cesantías, intereses de las cesantías, y al descanso remunerado por ser prestaciones sociales emanadas de la relación laboral declarada. Respecto de las vacaciones como el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero tal garantía, en los términos del Artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978 y de la Ley 995 de 2005.

Ahora bien, si bien se acreditó la relación laboral, ello no otorga la condición de empleado público, toda vez que dicha condición solamente la otorga la Constitución y la Ley con las formalidades de la relación legal y reglamentaria y, en este sentido la jurisprudencia ha sido reiterada en señalar que la existencia del contrato realidad no puede otorgar derechos ni condiciones por fuera del mandato legal. Así lo señaló el Consejo de Estado en la referida sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, en la que dispuso *“Pese a hallarse probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal de servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), destaca la Sala que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior”*.

Respecto de la pretensión encaminada a obtener el pago de las cotizaciones impagas que la entidad debió efectuar a riesgos laborales, conforme a la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021, ***“es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal.”*** Así las cosas, la citada regla de unificación impide la devolución de los dineros reclamados por concepto de riesgos laborales. Igualmente, dicha posición se debe aplicar en lo referente a los aportes a las Cajas de Compensación⁴⁴, dado que también tienen naturaleza parafiscal, razón por la cual no es procedente acceder a lo solicitado por la actora.

Igualmente, se torna improcedente la realización de las cotizaciones impagas al sistema de seguridad social en salud, dado que el servicio de salud fue garantizado con los aportes ya realizados en su momento por el demandante para cada contrato. En similares términos fue decidido este tema por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 19 de agosto de 2020, Radicación: 11001-33-42-056-2018-00200-01, magistrada ponente Amparo Oviedo Pinto, al exponer:

*“(…) debe considerarse que en primer lugar, el artículo 202 de la ley 100 de 1993 establece que la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, “se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico **previo** financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y el empleador o la Nación, según el caso.” Esto quiere decir, que los afiliados tendrán derecho a los servicios médico asistenciales a partir del pago de sus aportes en forma previa, lo que indica que el beneficio o contraprestación por la cotización se recibe a futuro, pero no antes de hacer el aporte. (Subrayado inter texto) En otras palabras, no es procedente efectuar afiliaciones retroactivas, dado que la cotización o aporte se paga en forma previa. En segundo lugar, en el régimen contributivo, el aporte a seguridad social en salud otorga el derecho a la prestación de los servicios médico asistenciales por el periodo de cobertura dispuesto en la ley, y por lo tanto si en su momento el contratista realizó las cotizaciones con destino a salud obtuvo la cobertura en ese momento y se garantizó su derecho, y en consecuencia la Sala observa que se cumplió con la finalidad de los aportes, y en nada cambia la situación el ordenar a la entidad que realice cotizaciones retroactivas.”*

Sobre las pretensiones encaminadas a obtener el reconocimiento y pago de la sanción mora que consagra la Ley 244 de 1995, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 18 de marzo de 2021, con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001-23-33-

⁴⁴ Resulta pertinente precisar que los aportes que éstas reciben en su calidad de administradores del subsidio familiar, también tienen la calidad de recursos parafiscales, es así como el Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, señaló en su artículo 2.2.7.5.3.2: *“Los recursos que administran las Cajas de Compensación Familiar están destinados a la atención de las prestaciones y servicios de la seguridad social y demás finalidades que prevea la ley y no podrán comprometerse para fines diferentes. Los que provengan de los aportes obligatorios pagados por los empleadores y por las cooperativas de trabajo asociado **tienen la condición de recursos parafiscales** y como tales, su administración se rige por las disposiciones legales correspondientes”*.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00412-00
Demandante: MARTHA LUCIA ARDILA GARCÉS
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

000-2016-00147-01(2420-19), señaló que no se está frente a una relación legal y reglamentaria, razón por la cual, acogiendo dicho criterio, esta sede judicial no accede a esta pretensión.

Por último, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de daños morales; sin embargo, no aportó prueba alguna al expediente que permita establecer la configuración de los mismos, razón por la que no se accede a esta pretensión.

3. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR probada la excepción de prescripción del derecho frente a los derechos laborales que se hubiesen podido causar con ocasión de la relación laboral que se configuró frente a los contratos de prestación de servicios celebrados entre la demandante y la entidad demandada entre el 1º de abril 2008 y el 30 de abril de 2012 (Contratos Nos. 3-209 de 2008, 3-396 de 2009, 3-029 de 2009, 3-233 de 2009, 3-460 de 2009, 3-027 de 2010, 3-010 de 2011, 3-243 de 2011, 3-471 de 2011, 3-013 de 2012 y A-639 de 2012), conforme las consideraciones de la parte motiva. Esta prescripción no cobija los aportes de seguridad social para pensión.

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD** del Oficio No. 202202000194651 del 8 de septiembre de 2022, mediante el cual se negó el reconocimiento de las prestaciones sociales al demandante como consecuencia de la existencia de un contrato realidad, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** a reconocer y pagar en favor de la señora **MARTHA LUCIA ARDILA GARCÉS**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 52.869.499: i) la totalidad de prestaciones sociales y demás acreencias laborales devengadas por los empleados de planta de la entidad, pero tomando como base los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios desde el 1º de agosto de 2012 hasta el 31 de julio de 2022 (descontando los días de interrupción de los contratos); ii) tomar el ingreso base de cotización de la demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en pensiones, cotizar la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó durante sus vínculos contractuales y, en caso de no haberlas hecho o existir diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora⁴⁵, por el periodo trabajado entre el 1º de abril 2008 y el 31 de julio de 2022 (descontando los días de interrupción de los contratos).

CUARTO.- CONDENAR a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** a actualizar las sumas debidas de la condena impuesta conforme al inciso 4º del Artículo 187 del CPACA, y de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de pagar al demandante por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al

⁴⁵ Así lo explicó el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 201, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00412-00
Demandante: MARTHA LUCIA ARDILA GARCÉS
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse cada pago.

QUINTO.- DECLARAR que el tiempo laborado por la señora **MARTHA LUCIA ARDILA GARCÉS**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 52.869.499, bajo la modalidad de contrato por prestación de servicios desde el 1º de abril 2008 y el 31 de julio de 2022 (descontando los días de interrupción de los contratos), se debe computar para efectos pensionales.

SEXTO.- La **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

SÉPTIMO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO.- No condenar en costas ni agencias en derecho conforme a los lineamientos de la parte motiva.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, por secretaría, y a costa de la parte actora, **EXPÍDASE** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

DÉCIMO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente.

DÉCIMO PRIMERO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

LF

marthaluciaardilagarceso@hotmail.com
jagr.abogado7@gmail.com
Abogada.jimenagarciasubredsur@hotmail.com
notificacionesjudiciales@subredsur.gov.co

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: 92e51dc645d53ff02f29c7d537ab33361f64ac21466fc801a959aabdc4135673

Documento generado en 27/09/2023 08:35:35 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA No. 238	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00413-00
Demandante:	LIGIA ELIZABETH SANDOVAL TORRES
Demandada:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL
Decisión:	Sentencia niega pretensiones de la demanda
Tema:	Reconocimiento de pensión de jubilación - Decreto 1214 de 1990

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar SENTENCIA ANTICIPADA de PRIMERA INSTANCIA dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora LIGIA ELIZABETH SANDOVAL TORRES, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 51.980.941, en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 1 a 20, archivo 2 y archivo 7, expediente digital):

La demandante solicitó la nulidad del Oficio No. GS-2022-033144-SEGEN/ARPRE- GRUPE 1.10 del 20 de agosto de 2022, por medio del cual se negó el reconocimiento de la pensión de jubilación solicitada por la demandante.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la demandada a: i) reconocer y pagar a la demandante la pensión de jubilación en los términos establecidos en el Artículo 98 del Decreto 1214 de 1990; ii) liquidar la prestación teniendo en cuenta los parámetros establecidos en los Artículos 38, 39, 43, 46, 48, 49 y siguientes del Decreto 1214 de 1990, con la prima de antigüedad, en concordancia con el Artículo 102 *ibidem*; iii) pagar las mesadas pensionales retroactivas e indexadas a partir de la fecha en que cumplió el estatus de pensionada, esto es, el 13 de septiembre de 2014 y hasta la inclusión en nómina de pagos de pensionados; iv) dar aplicación al Artículo 98 del Decreto 1214 de 1990 en su integridad y tomar como base el último salario devengado; y v) pagar las costas procesales y agencias en derecho.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, la apoderada de la parte actora adujo que laboró al servicio de la Policía Nacional desde el 12 de septiembre de 1994, bajo la vigencia del Decreto 1214 de 1990; posteriormente, mediante acta No. 201 del 24 de noviembre de 2017, tomó posesión del cargo profesional de seguridad, código 3-1, grado 4, nombrada mediante Resolución No. 05727 del 24 de noviembre de 2017.

Mencionó que su labor al servicio de la Policía Nacional fue intachable, tal como aparece en su hoja de vida.

Señaló que, el 13 de septiembre de 2014, la demandante cumplió un total de tiempo laborado en forma continua en la Policía Nacional de 20 años de servicio, por lo que en reiteradas ocasiones ha solicitado a esa entidad que realice el trámite de su retiro por tener derecho a la pensión de jubilación de acuerdo con lo preceptuado en el Artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, esto es, haber cumplido más de 20 años de servicio continuo, pero siempre obtiene respuesta negativa.

Manifestó que el 9 de mayo de 2022 radicó solicitud de reconocimiento pensional ante la

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Dirección General de la Policía Nacional, la cual genera respuesta el 20 de agosto de 2022, en la que niega el reconocimiento a pensión de Jubilación correspondiente al Decreto 1214 de 1990.

Sostuvo que, al 9 de mayo de 2022, la actora lleva un tiempo continuo laborado en la Policía Nacional de 27 años, 7 meses y 27 días.

Adujo que la demandante fue retirada mediante la Resolución No. 01042 del 25 de abril de 2022.

Aludió que, en el momento en que la demandante ingresó a la Policía Nacional, las partidas computables que se tenían en cuenta para el personal retirado del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional eran las contenidas en el Artículo 102 del Decreto 1214 de 1990, esto es: a. Sueldo básico, b. Prima de servicio, c. Prima de alimentación, d. Prima de actividad, e. Subsidio familiar, f. Auxilio de transporte y g. Duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.

2.3. NORMAS VIOLADAS

- Constitución Política de Colombia: Artículos 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 48, 53, 83, 84, 121 y 220.
- Decreto Ley 1214 de 1990: Artículos 1, 2, 40, 38, 39, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 98, 102, 103.
- Decreto 2743 Del 2010: Artículo 1.
- Código Sustantivo Del Trabajo: Artículos 21 y 127.
- Ley 4ª de 1992: Artículos 1 -literal d-; 2 -literal a-; y 10.
- Ley 100 de 1993: Artículo 279.
- Decreto 1792 de 2000.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como concepto de violación, la apoderada de la actora sostuvo que la entidad demandada transgredió las disposiciones constitucionales citadas, por cuanto se desconocieron las obligaciones en ellas contenidas de dar protección a la pensión de jubilación, al mínimo vital y favorabilidad, como derechos fundamentales del administrado.

Señaló que la entidad también transgredió la dignidad humana en el trabajo de la demandante al cambiarle las condiciones prestacionales que tenía al momento de su nombramiento con el régimen especial del Decreto 1214 de 1990, pues posteriormente la cambió a un régimen diferente sin tener su consentimiento y trasladándola de un régimen especial a un régimen general.

Manifestó que igualmente vulneró la especial protección del Estado al trabajo, consagrada por los Artículos 25 y 53 de la Constitución Política, pues debió haber aplicado la acción más favorable al caso de la demandante.

Indicó que el Artículo 98 del Decreto 1214 de 1990 dispone que el personal civil, clasificados como los servidores públicos que presten su servicio al Ministerio de Defensa tendrán derecho a que se les reconozca una pensión de jubilación con 20 años de servicios continuos, lo cual la actora cumplió, pues llevaba laborando al servicio del Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional por 25 años y 3 mes.

Consideró que se violó el debido proceso, toda vez que la entidad demandada no se atiene a lo establecido por la norma que rige en el caso de la demandante, es decir, el Artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, el cual trata de la pensión por tiempo continuo del personal civil que labora como servidor público en las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; por tanto, son derechos adquiridos por la actora y su no reconocimiento es violatorio de sus derechos fundamentales

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Admitida la demanda, mediante auto del 2 de diciembre de 2022 (archivo 6 expediente digital), y notificada en debida forma, conforme lo dispuesto en el referido auto admisorio (archivo 8 expediente digital), la entidad demandada presentó escrito de contestación de manera extemporánea (archivo 10 expediente digital).

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.6. DECRETO DE PRUEBAS, FIJACIÓN DEL LITIGIO Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio del Auto Interlocutorio No. 387 del 10 de agosto de 2023 (archivo 12 expediente digital), el despacho tuvo como pruebas los documentos aportados con la demanda y la contestación, fijó el litigio del presente asunto y dispuso correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para presentar escrito de alegaciones finales.

Alegatos de la parte actora (archivo 16 expediente digital): reiteró los argumentos expuestos en la demanda e indicó que la entidad demandada transgredió los derechos de la demandante al omitir aplicarle el Artículo 98 del Decreto 1214 de 1990 en su solicitud de reconocimiento prestacional, pues esa era la norma vigente al momento de vinculación de la actora y aquella cumplió con el requisito de tiempo de servicios requerido en la mencionada norma.

Alegatos de la entidad demandada (archivo 15 expediente digital): sostuvo que, si bien es cierto la demandante cumplió 20 años de servicio, no tenía derecho al reconocimiento pensional solicitado, por cuanto no le era aplicable el Decreto 1214 de 1990 en materia pensional, sino la Ley 100 de 1993, la cual entró a regir a partir del 1° de abril de 1994. Concluyó que, para gozar de los beneficios prestacionales derivados del Decreto 1214 de 1990, se requiere encontrarse vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y resaltó que la demandante se vinculó a la Policía Nacional el día 12 de septiembre de 1994 como empleada pública, por lo que le es aplicable la Ley 100 de 1993.

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se circunscribe a determinar la legalidad del acto administrativo demandado y el restablecimiento del derecho deprecado para lo cual se establecerá si la accionante, Ligia Elizabeth Sandoval Torres, en virtud del principio de favorabilidad, tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación según lo previsto en el Artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, o si por el contrario le es aplicable el Régimen General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993.

3.2. DEL FONDO DEL ASUNTO

Para resolver el problema jurídico planteado se efectuará, en primera medida, un análisis normativo sobre el régimen prestacional del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional; posteriormente, se realizará un recuento del material probatorio arrimado al plenario; y, finalmente, se resolverá lo correspondiente en el caso concreto.

3.2.1. Régimen prestacional del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional

El Gobierno nacional expidió el Decreto 1214 de 1990, *“por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional”*, el cual en el Artículo 2° dispuso:

“Artículo 2. Personal civil. <Artículo derogado por el artículo 114 del Decreto 1792 de 2000> Integran el personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, las personas naturales que presten sus servicios en el Despacho del Ministro, en la Secretaría General, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional.

En consecuencia, las personas que presten sus servicios en los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las unidades administrativas especiales, adscritos o vinculadas al Ministerio de Defensa, no tienen la condición de personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional y se regirán por las normas orgánicas y estatutarias propias de cada organismo”.

De la norma en cita, se colige que solo integran el personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional las personas naturales que presten sus servicios en el despacho del ministro, o en la Secretaría General de la Policía Nacional; y aquellos que presten sus servicios en los establecimientos públicos no tienen la referida condición y se rigen por las normas orgánicas y estatutarias del organismo al que se encuentren vinculadas.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De igual manera, en este estatuto se reguló la pensión de jubilación para el personal civil de esas entidades y, al respecto, se observa que los Artículos 98 y 99 de la mencionada norma establecen:

“Artículo 98. Pensión de jubilación por tiempo continuo. El empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que acredite veinte (20) años de servicio continuo a éstas, incluido el servicio militar obligatorio, hasta por veinticuatro (24) meses, prestado en cualquier tiempo, tendrá derecho a partir de la fecha de su retiro, a que por el Tesoro Público se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado, cualquiera que sea su edad, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 103 de este Decreto.

Parágrafo. Para los reconocimientos que se hagan a partir de la vigencia del presente Decreto, se entiende por tiempo continuo, aquel que no haya tenido interrupciones superiores a quince (15) días corridos, excepto cuando se trate del servicio militar.

Artículo 99. Pensión de jubilación por tiempo discontinuo. El empleado público del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional que sirva veinte (20) años discontinuos al Ministerio de Defensa, a la Policía Nacional o a otras entidades oficiales, y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es varón, o cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a partir de la fecha de su retiro a que por el Tesoro Público se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 102 de este Estatuto.

No quedan sujetas a esta regla las personas que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen excepción y que la ley determine expresamente.

(...)”.

Respecto de las partidas computables, el Artículo 102 *ibidem* mencionó:

“Artículo 102. Partidas computables para prestaciones sociales. A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que se retire o sea retirado, se le liquidarán y pagarán las pensiones de jubilación, de retiro por vejez, de invalidez y demás prestaciones sociales a que tuvieren derecho, sobre la suma de las siguientes partidas:

- a. Sueldo básico.
- b. Prima de servicio.
- c. Prima de alimentación.
- d. Prima de actividad.
- e. Subsidio familiar.
- f. Auxilio de transporte.
- g. Duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.

(...)”.

Posteriormente, fue expedida la Ley 100 de 1993 con la finalidad, entre otras, de acabar la diversidad de regímenes pensionales existentes; no obstante, con el objetivo de evitar menoscabar derechos de personas que se encontraban próximas a ser pensionadas o tuviesen cierto tiempo de servicios, se previó el régimen de transición y se establecieron excepciones al sistema integral de seguridad social, así:

“Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

(...)”.

De lo anterior, se advierte que la norma citada exceptuó del régimen general de la Ley 100 de 1993 a los miembros de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y al personal regido por el Decreto 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vinculara a partir de su vigencia, esto es, a partir del 1 de abril de 1994.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Entonces, los miembros activos de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no se encuentran cobijados por el ámbito de aplicación de la Ley 100 de 1993, sin distinción de la fecha de vinculación. Por su parte, el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional únicamente se excluye si se encontraban vinculados antes de su entrada en vigencia, cuestión diferente sucede con los que fueron vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, comoquiera que no tienen derechos adquiridos y, además, la Constitución Política no determinó la existencia de un régimen especial como lo hizo con las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional, en Sentencia C-1143 de 2004, precisó:

“Finalmente, el Decreto 1214 de 1990 consagra en las normas demandadas la pensión de jubilación y la pensión por aportes para el personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, una vez cumplan los requisitos a que se refieren los artículos 98 y 100 acusados, pero solamente cobija a aquellas personas que se incorporaron con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, como lo dispone el artículo 279 de esa normatividad, artículo éste que fue declarado exequible por esta Corte, en aras de proteger los derechos adquiridos de quienes se encontraban en esa particular situación, como quedó visto en esta sentencia. Ello se traduce en que los civiles que laboran para el servicio de esas entidades, vinculados con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no cuentan con un régimen especial, sino que por el contrario, se encuentran sujetos a la normatividad general del régimen de seguridad social, aplicable a todos los servidores del Estado.

Igualmente, sobre la excepción contenida en el Artículo 279 de la Ley 100 de 1993, relacionada a la aplicación del Decreto 1214 de 1990, la Corte Constitucional, en Sentencia C-665 de 1996 estableció:

“Lo anterior no se opone a que como claramente se dispone en el aparte acusado, contenido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, pueda el legislador señalar que en tratándose del personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, así como del regido por el Decreto 1214 de 1990, vinculado a partir de la vigencia de la misma ley pueda aplicársele a estos el Sistema Integral de Seguridad Social que rige por regla general para todos los habitantes del territorio nacional.

En este sentido, cabe advertir que el artículo 11 de la misma ley señala que el Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 ibídem, se aplica sin distingo alguno a todos los habitantes del territorio nacional. Desde luego que la normatividad en referencia, respeta los derechos adquiridos conforme a las disposiciones anteriores para quienes a la fecha de la vigencia de la ley hubieren cumplido los requisitos para acceder a la pensión o ya estuvieren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes tanto del sector público como del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general.

En esta forma, cabe señalar lo que **la norma acusada protege son los derechos adquiridos y regulados por disposiciones especiales para quienes al momento de la vigencia de la ley se encontraban vinculados a las Fuerzas Militares, Policía Nacional y personal regido por el Decreto 1214 de 1990. En tal sentido, con respecto a los nuevos servidores, es decir, aquellos vinculados en el mismo ramo dentro de la vigencia de la norma en referencia, no se desconocen derechos adquiridos salvo lo estipulado en el artículo 11 de la Ley 100 de 1993.**” (Resalta el despacho).

3.2.2. Del acervo probatorio

Del material probatorio arrimado al plenario, se destaca:

- Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, en la que se evidencia que nació el 26 de junio de 1970 (pág. 27, archivo 2 expediente digital).
- Expediente laboral de la señora Ligia Elizabeth Sandoval Torres en la que se evidencian las calificaciones, formatos de hoja de vida, nombramientos, situaciones administrativas, entre otras, hasta el año 2017 (págs. 23 a 521, archivo 2 expediente digital).
- Obra formato de extracto de hoja de vida de la actora de fecha 31 de diciembre de 2017, en la que se registra que labora en el cuerpo no uniformado de la Policía Nacional, a esa

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

fecha ocupaba el cargo de profesional de seguridad-01 en la Dirección Administrativa y Financiera de esa entidad y que ha prestado servicios como civil desde el 12 de septiembre de 1994 (pág. 509, archivo 2 expediente digital).

- Oficio No. GS-2022-033144-SEGEN/ARPRE- GRUPE 1.10 del 20 de agosto de 2022, a través del cual se negó la solicitud de la demandante relacionada con el reconocimiento de la pensión de jubilación establecida en el Decreto 1214 de 1990 por contar con más de 20 años de servicio en la Policía Nacional. En dicho oficio se le informó a la actora lo siguiente (págs. 522 y 523, archivo 2 expediente digital):

“Al respecto me permito informar que verificada las bases de datos del Sistema de Información para la Administración del Talento Humano de la Policía Nacional (SIATH), se evidencia que su ingreso en la planta de la Policía Nacional, mediante Orden Administrativa de Personal Nro. 1177 del 20 de septiembre de 1994, iniciando actividades el 12 de septiembre de 1994.

Bajo este panorama y en aras de resolver la petición que nos ocupa, me permito traer a colación lo consagrado en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, el cual a la letra dice:

(...)

En conclusión resulta evidente que el personal que ingresó a la Policía Nacional en el periodo comprendido entre el 23 de diciembre de 1993 y el 30 de marzo de 1994, en cuanto a lo que se refiere a pensiones son destinatarios del Decreto 1214 de 1990, los vinculados posteriormente como es el caso que nos atañe son destinatarios de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, y en el entendido que su poderdante, ingresó a la Policía Nacional el 12 de septiembre de 1994, no es procedente atender favorablemente su solicitud tendiente a que se le reconozca la pensión de jubilación del Decreto 1214 de 1990, para la señora LIGIA ELIZABETH MENDOZA HUERTAS, ya que no es destinataria de dicha normatividad y ha sido criterio jurisprudencial reiterado la aplicación en materia laboral del principio de inescindibilidad, en virtud del cual no es dable un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, la norma que se adopte debe aplicarse en su integridad y no puede pretenderse en una errónea interpretación de los principios de igualdad, la aplicación de prestaciones pertenecientes a diferentes regímenes.”

3.2.3. Del caso concreto

Del material probatorio aportado al proceso se pudo establecer que la demandante laboró en el personal civil de la Policía Nacional y que -según consta en el formato de extracto de hoja de vida de la actora-, para el 31 de octubre de 2017, ocupaba el cargo de profesional de seguridad-01 en la Dirección Administrativa y Financiera de la Policía Nacional. Igualmente, en el mismo documento consta que la señora Ligia Elizabeth Sandoval Torres inició su vinculación el 12 de septiembre de 1994, según Orden Administrativa de Personal No. 1177 del 20 de septiembre de 1994, contando con un tiempo total de servicio civil de 23 años, 1 mes y 18 días hasta la fecha de expedición de dicho documento (pág. 509, archivo 2 expediente digital).

Así pues, conforme a las disposiciones normativas y jurisprudenciales referidas en el acápite de marco normativo citadas previamente, se tiene que, comoquiera que la demandante inició su vinculación en el personal civil de la Policía Nacional desde el 12 de septiembre de 1994, esto es, con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993 -la cual entró en vigencia el 1º de abril de 1994-, la situación de aquella es la contenida en esa norma, conforme lo dispuesto en el Artículo 279 *ibidem*, el cual establece:

“Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

(...)” (Subraya el despacho).

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Por lo anterior, en el presente caso no es procedente aplicar lo señalado en los Artículos 98 y 99 del Decreto 1214 de 1990, pues su vinculación ocurrió cuando dicha norma ya no surtía efectos, pues la norma que regía en ese momento era la Ley 100 de 1993.

En un caso similar, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado estableció lo siguiente¹:

“Por consiguiente, quienes con anterioridad al 1° de abril de 1994 estuviesen vinculados como personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, la Policía Nacional, la justicia penal militar y su Ministerio Público y acumulen 20 años de labor continua, esto es, que no haya tenido interrupciones superiores a 15 días, tendrán derecho a recibir la pensión de jubilación de que trata el artículo 98 del Decreto ley 1214 de 1990, a partir del retiro del servicio, supuesto que no ofrece dificultad interpretativa.

(...)

Por ende, la Sala concluye que el régimen pensional previsto en el Decreto ley 1214 de 1990 cubre al personal civil que haya estado vinculado en esa calidad con antelación a la entrada en vigor del sistema general de seguridad social, cuyos integrantes tienen derecho, al cumplimiento de los requisitos establecidos en esa norma, al reconocimiento de la pensión de jubilación por tiempo continuo o discontinuo, sin que por el suceso de interrupciones que hubieren podido ocurrir en la relación laboral y vinculaciones posteriores a la Ley 100 de 1993, pueda colegirse que perdieron tal prerrogativa.

(...)

De acuerdo con lo anotado en el acápite precedente, aquellos integrantes del personal civil regidos por el Decreto ley 1214 de 1990 que hayan estado vinculados en esa calidad con antelación a la entrada en vigor del sistema general de seguridad social, tienen derecho, al cumplimiento de los requisitos establecidos en esa disposición, a la pensión de jubilación de que trata tal norma.

No obstante, en el *sub lite* se tiene que la vinculación del demandante como personal civil de la Fuerza Aérea Colombiana fue posterior a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 (1° de octubre de 1994), pues antes laboró en calidad de trabajador oficial, mediante contrato a término indefinido para la sociedad hotelera Tequendama S. A. entre el 11 de agosto de 1987 y el 3 de octubre de 1994, lapso que no es computable, pese a que sea una sociedad vinculada al Ministerio de Defensa Nacional, por cuanto dichos servicios no se prestaron directamente «[...] en el Despacho del Ministro, en la Secretaría General, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional». Por ende, a pesar de haber acumulado más de 20 años de servicios en esa condición (personal civil) y adquirido la edad pensional fijada en el artículo 99 del Decreto ley 1214 de 1990 (55 años), no resulta procedente acceder a la pensión allí prevista, toda vez que, como se dijo, del artículo 279 (inciso primero) de la Ley 100 de 1993 se infiere”.

En conclusión, se reitera que no es procedente dar aplicación al régimen pensional especial del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, contenido en el Decreto 1214 de 1990, a la situación particular de la demandante, pues como ya se ha establecido, su vinculación inició el 12 de septiembre de 1994, fecha en la cual ya no surtía efectos dicha norma; ello, en consideración a lo expresamente dispuesto en el Artículo 279 de la Ley 100 de 1993. De ese modo, no puede considerarse que se hubiera consolidado un derecho adquirido a mantener las previsiones de la regulación solicitada, pues la demandante nunca estuvo sometida a aquella².

En consecuencia, conforme a lo expuesto, comoquiera que no se acreditaron los cargos de nulidad alegados en la demanda, se negarán las pretensiones de la demanda.

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2° del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

¹ Sentencia del 22 de septiembre de 2022. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, proceso de radicación No. 25000-23-42-000-2019-01720-01 (4292-2021).

² Ver sentencia del 10 de marzo de 2022. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: William Hernández Gómez, proceso de radicación No. 25000-23-42-000-2017-05218-01 (6092-2019).

Expediente: 11001-3342-051-2022-00413-00
Demandante: LIGIA ELIZABETH SANDOVAL TORRES
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- No se condena en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente.

CUARTO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

LF

elizabethsandovalysara@gmail.com
nidialiliana.mendoza@gmail.com
decun.notificacion@policia.gov.co
notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co
oscar.hernandez3144@correo.policia.gov.co

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **a31f8b9b9a74b77279d3063b41aa11a46c067f90a77125d98fd421975dfad30e**
Documento generado en 27/09/2023 08:35:38 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Auto Sust. No. 601	
Medio de control:	Ejecutivo laboral
Expediente:	11001-3342-051-2023-00024-00
Demandante:	JAIME GARCÍA GARCÍA
Demandado:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
Decisión:	Auto de requerimiento

Mediante auto del 9 de febrero de 2023, este despacho resolvió requerir a la entidad ejecutada para que allegara al proceso: i) Copia del acto administrativo por medio del cual se dio cumplimiento a la sentencia del 19 de noviembre de 2019, dictada por este despacho judicial (págs. 23-32, archivo 2, expediente digital), y la sentencia del 30 de junio de 2021 (págs. 36-58, archivo 2, expediente digital), expedida por la Subsección “C” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de las cuales se dispuso la reliquidación de la pensión de jubilación del señor Jaime García García, en cuantía equivalente al 75% del promedio de salarios devengados en el último año de servicios, esto es, del 30 de septiembre de 2016 al 30 de septiembre de 2017, incluyendo: salario, sobresueldo, bonificación por servicios, prima de vacaciones, auxilio de alimentación, auxilio de transporte y prima de navidad, a partir del 01 de octubre de 2017, día siguiente al retiro del servicio; ii) La liquidación efectuada por la entidad al dar cumplimiento a la sentencia antes mencionada de forma detallada, esto es, indicando la reliquidación efectuada con la inclusión de los factores salariales ordenados, la liquidación de indexación e intereses moratorios correspondientes; y iii) Constancia de los pagos realizados a la parte ejecutante o del respectivo comprobante de pago y/o consignación en una cuenta bancaria a nombre del señor Jaime García García, o de su apoderado por las sumas resultantes con ocasión de dicha liquidación, especificando la fecha de pago e inclusión en nómina de la reliquidación de la pensión de jubilación.

La entidad ejecutada allegó al proceso la Resolución No. SUB 226940 del 25 de agosto de 2023, por medio de la cual dio cumplimiento a las sentencias base de ejecución (archivos 9 a 12 expediente digital). En dicha resolución se reliquidó la pensión de vejez por actividad de alto riesgo al señor Jaime García García. Igualmente, se indicó los valores a pagar por la liquidación del retroactivo, así:

LIQUIDACION RETROACTIVO	
CONCEPTO	VALOR
Mesadas	19,675,313.00
Mesadas Adicionales	1,602,410.00
Indexación	836,872.00
Intereses	1,244,619.00
Descuentos en Salud	3,930,600.00
IBC Diferencial	\$6,793,187.00
Valor a Pagar	12,635,427.00

No obstante, no se allegó la liquidación efectuada por la entidad de manera detallada, esto es, indicando la forma en que efectuó la inclusión de los factores salariales ordenados, la liquidación de indexación e intereses moratorios correspondientes, ya que sólo constan los valores finales. Por ello, no es posible verificar si efectivamente se dio cabal cumplimiento a los fallos judiciales.

Por otro lado, se evidencia que en el Artículo Segundo de la mencionada resolución se indicó que sería ingresada en la nómina del periodo 202309, pagadero el último día hábil del mismo. Lo anterior permite inferir que a la fecha de la presente providencia no se ha producido el pago correspondiente.

EJECUTIVO LABORAL

Así las cosas, resulta necesario requerir nuevamente a la entidad ejecutada para que allegue la liquidación detallada de la Resolución No. SUB 226940 del 25 de agosto de 2023. Así mismo, deberá allegar la constancia del pago realizado al ejecutante o del respectivo comprobante de pago y/o consignación en una cuenta bancaria a nombre del señor Jaime García García, o de su apoderado por las sumas resultantes con ocasión de dicha liquidación, especificando la fecha de pago e inclusión en nómina de la reliquidación de la pensión de jubilación.

En consecuencia, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

RESUELVE

PRIMERO.- Por Secretaría, REQUERIR nuevamente a la entidad ejecutada para que allegue la liquidación detallada de la Resolución No. SUB 226940 del 25 de agosto de 2023. Así mismo, deberá allegar la constancia del pago realizado al ejecutante o del respectivo comprobante de pago y/o consignación en una cuenta bancaria a nombre del señor Jaime García García, o de su apoderado por las sumas resultantes con ocasión de dicha liquidación, especificando la fecha de pago e inclusión en nómina de la reliquidación de la pensión de jubilación.

La citada entidad contará con el término de 10 días para dar cumplimiento al respectivo requerimiento.

La documentación deberá ser enviada en medio digital al correo electrónico correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co.

SEGUNDO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

Lkgd

ogamogo@yahoo.com.co
jaimegar7095@gmail.com
notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **5b20f682add28a70e75257762ed66905d13466032784d4b5b8b2ceeac4089b88**

Documento generado en 27/09/2023 08:35:40 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Auto Int. No. 495	
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2023-00199-00
Demandante:	ADOLFO RAFAEL MORENO ORTEGA
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL
Decisión:	Auto de remisión del proceso por competencia

Revisado el expediente, se advierte que el señor ADOLFO RAFAEL MORENO ORTEGA, identificado con C.C. 8.861.024, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20% y la prima de actividad (archivo 02 expediente digital).

Mediante auto de sustanciación No. 393 de 22 de julio de 2023, se ordenó requerir a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional para que allegara, entre otros, certificación en la que se determine el último lugar de prestación de servicios del accionante. (archivo 05 expediente digital).

Por su parte, el auxiliar de requerimientos Atuso – Dipper del Ejército Nacional certificó (archivo 08 expediente digital): *“De acuerdo con su requerimiento me permito indicar que el personal relacionado figura como “Activo” en la Institución y es orgánico del Batallón de Mantenimiento de Comunicaciones del Ejército Nacional en Facatativá Cundinamarca.”*

Por lo anterior, se advierte que, en materia de competencia por factor territorial, el numeral 3 del Artículo 156 de la Ley 1437 de 2011 -modificado por el Artículo 31 de la Ley 2080 de 2021- estableció que:

“3. En los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral se determinará por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios. Cuando se trate de derechos pensionales, se determinará por el domicilio del demandante, siempre y cuando la entidad demandada tenga sede en dicho lugar.”

De esa manera, este despacho carece de competencia, por razón del territorio, para conocer del presente asunto, toda vez que el accionante pretende obtener el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20% y la prima de actividad, y el lugar donde presta sus servicios actualmente está ubicado en Facatativá.

Por consiguiente, este proveído dispondrá la remisión del proceso a la Oficina de Reparto de los juzgados administrativos del circuito de Facatativá, de conformidad con el numeral 14.2 del Artículo 2º del Acuerdo N° PCSJA20-11653 del 28 de octubre de 2020, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

RESUELVE

Por Secretaría, **REMITIR** por competencia el proceso de la referencia a la Oficina de Reparto de los juzgados administrativos el circuito judicial de Facatativá, para lo de su

Expediente: 11001-3342-051-2023-00199-00
Demandante: ADOLFO RAFAEL MORENO ORTEGA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

cargo, previa cancelación de su radicación en los Sistemas de Registro, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

DVP

notificaciones@wyplawyers.com
yacksonabogado@outlook.com

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: 9772a80ee3fa60310c363d544e10af08c2fd795eaa1762863de118f1280de190

Documento generado en 27/09/2023 08:35:41 PM

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