



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO 25 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA - ORAL

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO No.	11001-33-35-025-2022-00190-00
DEMANDANTE	MARLENY ESPINOSA MORENO
DEMANDADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De conformidad con lo previsto en los artículos 182A y 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede el Despacho a proferir **SENTENCIA ANTICIPADA** de primera instancia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Marleny Espinosa Moreno** contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag), Secretaría de Educación de Bogotá y la Fiduprevisora S.A.¹.

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones.

La señora **Marleny Espinosa Moreno** pretende que, a través del procedimiento previsto para este medio de control, se declare la existencia y nulidad del acto administrativo ficto originado del silencio administrativo negativo en que incurrió la Secretaría de Educación de Bogotá respecto de la **solicitud de 13 septiembre de 2021**, orientada a obtener el reconocimiento y pago de la sanción mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, así como el pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías de conformidad con la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a las demandadas al reconocimiento y pago de la sanción mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, así como el pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, indexación y pago de los intereses moratorios.

Finalmente, pidió dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 187 y 192 del CPACA, y se imponga la respectiva condena en costas.

1.2. Fundamentos fácticos.

¹ Esta entidad fue vinculada por el Despacho mediante auto admisorio de 13 de junio de 2022 (Carpeta 006).

En la demanda fueron narrados los siguientes hechos y omisiones relevantes:

- Manifiesta que la demandante labora como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados.
- Indica que tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021 y sus cesantías sea canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021, situación que no ocurrió.
- Señala que por medio de petición radicada el 13 septiembre de 2021, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora y esta resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas.

1.3. Normas trasgredidas y concepto de violación.

Considera la parte demandante como violadas las siguientes disposiciones:

Constitucionales: artículos 13 y 53

Legales y reglamentarias: Leyes 52 de 1975, 91 de 1989, 50 de 1990, 1955 de 2019, 4ª de 1992, 100 de 1993, 344 de 1996, 423 de 1998; Decretos 1176 de 1991 y 1582 de 1998.

Consideró que, durante muchos años, se tuvo la insana costumbre que en el mes de junio o julio, se apropiaban recursos por parte de Ministerio de Hacienda y Crédito Público, destinados a cancelar las cesantías parciales de los docentes que las iban solicitando, con destino a reparación de vivienda, compra de vivienda, liberación de hipoteca o el pago de sus estudios, pero nunca al docente el 15 de febrero de cada anualidad, le fueron consignados estos recursos a disposición de Fomag, para que en consecuencia estuviera a su disposición de los maestros.

Manifestó que, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado se han pronunciado de manera unificada sobre la necesidad de amenorar dicha práctica, con el fin de que los educativos tengan el mismo trato que los demás empleados públicos, so pena de incurrir en las sanciones establecidas en la ley.

Señaló que, conforme a la normativa y jurisprudencia aplicables, la sanción moratoria por falta de consignación de las cesantías anualizadas se causa a partir del día siguiente al vencimiento del término que tiene la administración para realizarla, esto es, el 15 de febrero de la anualidad siguiente a la que se generó la prestación, por lo cual, no existe ninguna razón para que, vencida tal fecha, las cesantías de los docentes oficiales del régimen anualizado no sean consignadas al Fomag.

Indicó que, a los docentes que han solicitado cesantías parciales, estas han sido demoradas, venciéndose los términos de la ley 1071 del año 2006, y que evidenciaron que sus cesantías cuando iban a ser solicitadas. Asimismo destacó que, para el trámite

de la consignación de las cesantías y el pago de los intereses de aquellas, conforme a las Leyes 91 de 1989 y 50 de 1990, la Nación – Ministerio de Educación era la única responsable; sin embargo, con la expedición de la Ley 1955 de 2019, esta situación cambió, pues, su artículo 57 descentralizó esta función en los entes territoriales, quienes tendrían, a partir del 1º de enero de 2020, la obligación de reconocer y liquidar las cesantías de los docentes, de ahí que actualmente surja una responsabilidad de manera conjunta con la Nación.

Precisó que la sanción moratoria no solo surge cuando se inicia el trámite contenido en los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, sino que, también es aplicable cuando se consignan tardíamente las cesantías y/o sus intereses, por el desconocimiento a lo previsto en la Ley 50 de 1990.

Sostuvo que no es viable escindir la interpretación de las Leyes 91 de 1989 y 50 de 1990, por cuanto, si hubo un cambio en el régimen de cesantías de uno retroactivo a uno anualizado, lo que incluye a los maestros, para aquellas vinculaciones posteriores al 1º de enero de 1990, también sus cesantías deben ser consignadas como ocurre con el resto de los empleados públicos del país.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El **Fomag** contestó la demanda de manera oportuna^[013], en memorial en el cual se opuso a las pretensiones de la demanda, pues indica 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 apertura cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento razón por la que no hay cuentas individuales para los docentes, además manifiesta que, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Señala que, teniendo en cuenta que el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Indica que, de conformidad con el artículo 1 del Decreto 1582 de 1998 son destinatarios del régimen de liquidación y pago de las cesantías contemplado en la ley 344 de 1996, 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, circunstancia que no es aplicable a los docentes vinculados al régimen especial docente, de conformidad con el inciso tercero del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y 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 de estas*”, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente.

Aseveró que las sentencias mencionadas por la parte actora no son aplicables al caso en específico, porque no guardan relación con los hechos enunciados en el presente litigio.

Finalmente, reitera que, la demandante se encuentra afiliada al FOMAG, por tanto el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, infiere que no le son aplicables las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes y es así que resulta imperioso resaltar que según se desprende del certificado de extracto de intereses a las cesantías, la anualidad 2020 fue pagada al docente dentro de los tiempos señalados en el artículo 4 del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el Consejo Directivo del FOMAG.

Fiduciaria la Previsora S.A.: A pesar de haber sido notificada en debida forma, la sociedad guardó silencio durante el término de traslado de la demanda.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. Parte demandante (Carpeta 031MemorialAlegatos): la parte demandante alegó de conclusión en término, a través de memorial en el que reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

3.2. Parte demandada (Carpeta 032MemorialAlegatos): alegó de conclusión mediante escrito en el cual resaltó que el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, infiere que no le son aplicables las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia.

Este Despacho es competente para decidir el asunto en primera instancia por razón de la naturaleza de la acción, la tipología del medio de control, la cuantía y el factor territorial, de acuerdo con lo normado por los artículos 155, 156 y 157 del CPACA.

Por consiguiente, sin que se advierta o evidencie causal alguna de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede este Juzgado a proferir la sentencia que en derecho corresponda.

4.2 Problemas jurídicos.

El litigio consiste en establecer si a la demandante, en su condición de docente afiliado al **Fomag**, tiene derecho al reconocimiento y pago de (i) la indemnización moratoria por

la no consignación oportuna de sus cesantías causadas en 2020, desde el 15 de febrero de 2021 hasta la fecha efectiva de pago de la prestación, (ii) la indemnización por el pago tardío de los intereses de aquellas cesantías.

4.3. Normativa aplicable.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA SANCIÓN MORA.

Dentro de los fines de la sanción moratoria encontramos: i) La sanción moratoria se consagró con el fin de invitar a las entidades encargadas al pago oportuno de la prestación social del auxilio de cesantías, ya que generalmente como consecuencia del papeleo era común la demora en el citado pago y, ii) en el momento de recibir el pago efectivo de la prestación social, la disposición buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar el retardo en el citado pago y sus consecuencias desfavorables para el trabajador².

Es así como la jurisprudencia del Consejo de Estado equivalentemente ha diferenciado la sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías como una **multa** a favor del trabajador y en contra del empleador establecida con el objeto de compensar los daños causados al primero por el incumplimiento en el plazo para el pago, en los siguientes términos³:

“La indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, como ya se anunció, es una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la citada Ley.”

A partir de esa perspectiva la sanción mora no se instituye como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se establece como una **penalidad** económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público. Así al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que castiga la desidia del empleador, se trata entonces de valores monetarios que no tienen propósito de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.

En suma, la sanción moratoria no es un derecho cierto e indiscutible, ya que tiene como objetivo encaminar a que el empleador reconozca y pague de manera oportuna esta obligación. Así mismo, este tipo de sanción no gratifica el servicio prestado por el trabajador, ni tampoco se establece como un privilegio prestacional, en tanto no busca proteger al empleado de las eventualidades a las que pueda verse sometido durante una relación laboral, sino que se funda como una penalidad económica. Finalmente, se ha decantado que la sanción moratoria no es considerada como una prestación social, sino, como su nombre lo indica, es una sanción que se aplica cuando se demuestra que hubo un retardo en el pago de las cesantías.

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 19001-23-31-000-2010-00200-01(3988-13) del 21/04/2016. C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 47001-23-31-000-2002-00266-01(0875-06) del 06/03/2008. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Al efecto, la Sección Segunda, Subsección “B” del Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 18 de julio de 2018, precisó que la sanción moratoria no es un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía:

“182. Visto lo anterior, es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.

183. Desde la óptica del empleado, si bien la sanción moratoria representa una suma de dinero considerable, sucesiva mientras no se produzca el pago de las cesantías; ella ni lo compensa ni lo indemniza por la ocurrencia de la mora del empleador en cumplir con su obligación de dar, puesto que su propósito es procurar el pago oportuno de la prestación social, razón por la cual, no es posible hablar que estamos ante un derecho o una acreencia derivada de la relación de trabajo o de las eventualidades que el empleador ampare en virtud de lo que ordena la ley.

*184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una **penalidad** económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público⁴.”*

De igual forma se pronunció en sentencia de unificación de 6 de agosto de 2020, al señalar lo siguiente:

“41. En segundo lugar, la Sección Segunda abordó el tema relativo a la sanción moratoria, y al efecto, señaló que está a cargo del empleador que incumpla la obligación de consignar las cesantías dentro de la oportunidad legal, de manera que no es accesoria a la prestación social «cesantías», ya que se causa de manera excepcional y, en razón a que hace parte del derecho sancionador, está sometida a la prescripción, pese a que las normas que la consagraron no estipularon un término especial⁵.”

Es así como en el presente asunto no se está frente a la hipótesis de un asunto laboral, sino que se trata de un caso muy distinto en el que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho pretende la nulidad de un acto administrativo que niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, es decir, el reconocimiento económico de unos intereses ocasionados por el pago tardío de un prestación ya reconocida y cancelada. Dicho de otra forma, en estos casos no se discute el reconocimiento de una prestación laboral, como son las cesantías, sino la consecuencia económica del no pago oportuno de la misma, equivalente a la sanción económica⁶.

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, sentencia de 18 de julio de 2018, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Rad. No.: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15)

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de Unificación del 6 de agosto de 2020, C.P. Dra Sandra Lisseth Ibarra Vélez, Exp. 08001-23-33-000-2013-00666-01(0833-16)

⁶ En este sentido se pronunció este Tribunal en auto de 07 de julio de 2017, dentro del proceso No. 15001-23-33-000-2017-00393-00, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Arciniegas Triana.

RÉGIMEN NORMATIVO DE LAS CESANTÍAS ANUALIZADAS Y LA SANCIÓN POR LA MORA EN SU CONSIGNACIÓN PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS

En cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías a los servidores públicos en general, se tiene que la Ley 50 de 1990, por medio de la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías, en los siguientes términos:

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

De conformidad con lo normado, en aquellos casos en los que se ha producido un pago o consignación del auxilio de cesantías en la cuenta individual del trabajador por fuera del término legal máximo, el 15 de febrero de la anualidad siguiente a la de su causación, el empleador se verá obligado a pagar, a título de sanción, el equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo posterior a dicha fecha.

Aunque la referida norma se encontraba destinada concretamente a los trabajadores cobijados por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, la expedición de la Ley 344 de 1996 hizo prolongables sus disposiciones tendientes a las cesantías a los servidores públicos.

Y es así como, la Ley 344 de 1996 concretó el régimen anualizado de liquidación de cesantías para los servidores públicos que se vincularan a partir de su vigencia y, puntualmente, en su artículo 13 previó 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.

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.

Rápidamente, el Decreto 1582 de 1998 reglamentó parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, cuyo artículo 1° dispone que:

El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

En igual sentido, 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”, determinó 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.

Es claro que el alcance de las previsiones contenidas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1991 amparan el auxilio de cesantías a que tienen derecho los servidores públicos, bajo los preceptos de la Ley 344 de 1996 y del Decreto 1582 de 1998, de modo que, frente a la mora en la consignación de dicha prestación, resulta procedente el pago de una sanción correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. De tal suerte que, si al 15 de febrero de la siguiente anualidad no se verifica el depósito del monto correspondiente en el fondo de cesantías al que el empleado se encuentre afiliado, él podrá requerir el reconocimiento y pago de la sanción contenida en el citado artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Por otra parte, se aclara que el empleador tiene la obligación de sufragar a favor del trabajador intereses legales del 12% anual o proporcional por fracción sobre la cesantía definitiva liquidada cada año, respecto de lo cual la Ley 50 de 1990 no fija sanción alguna por mora en el pago de aquellos intereses.

Sin embargo, el artículo 1 de la Ley 52 de 1975 “Por la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares”, en su numeral segundo ordena que los intereses deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del

respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año, so pena de sufragar al asalariado, a título de indemnización, y por una sola vez, un valor adicional igual al de los intereses causados (numeral 3).

DEL RÉGIMEN APLICABLE A LOS DOCENTES OFICIALES EN MATERIA DE CESANTÍAS.

En cuanto al reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías al personal docente oficial se tiene que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fomag como: *“una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital (...)”* que estaría a cargo del pago de las prestaciones sociales que se causaran a favor del personal docente nacional y nacionalizado, a partir de la promulgación de aquella, según el artículo 5° *ibidem*.

Al Establecerse como cuenta especial adscrita, la norma se aplica en exclusión de la generalidad, es decir, que una cuenta especial, se asimila, o es mutatis mutandis a una cuenta con fines económicos o financieros que tiene una destinación especial, ya que el adjetivo femenino singular “especial”, califica el sustantivo femenino “cuenta”, por ende y por antonomasia, el criterio de especialidad normativa, opera cuando se produce conflicto normativo entre una norma general y una de raigambre especial respecto de aquella, resolviéndose en la mayoría de veces con preferencia a la norma especial; tal controversia normativa se vino dando mediante en el pasado, cuando los Romanos⁷ evidenciaron que algunas decisiones debían observar la especialidad sobre la generalidad, es por ello que se acuñó la máxima *“lex specialis derogat legi generali”*, tal aforismo tuvo origen en una decisión jurisprudencial de Papiano, recogida en el D. 50, 17, 80 según la cual, en derecho, lo específico prevalece sobre lo genérico.

Todo ello, corresponde al criterio y principio de las antinomias normativas, de tal manera que, la ley especial prevalece sobre la ley general. Hay que señalar que la ley especial en cuanto aplicación judicial no supone en sí una derogatoria ni tácita, ni normativa, sino, la interacción de la vigencia de una de aquellas normas sobre la otra, pero, para el caso concreto, quedando para los demás casos, la vigencia sin derogatoria a pesar de la contradicción, pero repetimos para el caso concreto, tal como lo enseña Villar Palasí⁸.

Lo anterior, Persigue, como dice Bobbio⁹, la aplicación del principio de igualdad, en el entender las personas iguales deben ser tratadas de igual modo.

Vale la pena recordar que frente a otros criterios, en relación a la resolución de ambigüedades conforme a la antinomia normativa, el citado principio de especialidad normativa prevalece frente al cronológico y cede ante el jerárquico. Así, son de aplicación los brocardos *lex posterior generalis non derogat priori legi speciali*, salvo que la ley posterior lo establezca expresa o tácitamente, y *lex superior derogat legi inferiori*¹⁰.

⁷ Principio de especialidad: <https://www.expansion.com/diccionario-juridico/principio-de-especialidad.html>.

⁸ <https://dbe.rah.es/biografias/5713/jose-luis-villar-palasi>.

⁹ Libertad e Igualdad en la Obra de Bobbio: Ejemplo de redacción en español gratis, 586 palabras (ejemplius.com) “a modo de conclusión podemos decir que a lo largo de la historia las diferentes sociedades han tenido diferentes ideales de lo que significa la igualdad y cuál es la manera correcta de llegar a esta. Este debate se extiende hasta el día de hoy, en donde todavía no existe una mayor claridad acerca de cómo llegar a la situación más justa posible. Lo que logra Bobbio en su texto “libertad e igualdad” es demostrar al lector que no existe una única receta para llegar a un óptimo de igualdad, a modo de metáfora se puede decir que dependiendo de cada sociedad estos ingredientes para llegar a la misma receta pueden ser combinados, pero su resultado puede ser positivo o negativo...”

¹⁰ Principio de especialidad: <https://www.expansion.com/diccionario-juridico/principio-de-especialidad.html>

Ahora, el diccionario Prehispánico del Español jurídico define la especialidad normativa así:

“...1. Gral. Criterio que implica la preferente aplicación de la norma especial sobre la norma general. El principio de especialidad normativa hace referencia a la materia regulada, al contenido de la norma, y supone el tránsito de una regla más amplia, que afecta a todo un género, a una regla menos extensa, que afecta exclusivamente a una especie de dicho género. La preferencia aplicativa de la norma reguladora de una especie de cierto género sobre la norma reguladora de tal género en su totalidad. La norma que representa el género y la que regula la especie poseen elementos comunes, pero la norma especial añade un dato ulterior a la que representa el género...”

Y en lo relativo al reconocimiento de las cesantías, el artículo 15 de la referida Ley, dispuso lo siguiente:

(...) Cesantías: Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año. Para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1° de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

(...)

Sumado a ello, la Ley 812 de 2003, en su artículo 81, determinó 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”*.

De lo anterior, se ultima que con la entrada en vigor de la Ley 91 de 1989 los nuevos docentes son afiliados al Fomag y se encuentran cobijados con el régimen anualizado de cesantías allí dispuesto; igualmente, que será aquel Fondo el encargado del reconocimiento y pago de la prestación en discusión y no las entidades territoriales a las cuales se encuentran adscritos los docentes.

En armonía con el marco normativo señalado, la sección segunda del Consejo de Estado había sostenido la tesis de que *“[...] los docentes oficiales, si bien servidores públicos en toda regla, no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 les hizo extensivas las normas vigentes en materia de cesantías, pero*

hizo la salvedad de que ello era «sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989», lo que, se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente”¹¹

El Consejo de Estado ha modificado dicha interpretación y, de forma reiterada, ha expuesto que en virtud del principio de favorabilidad, *“es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea 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 aludida prestación, 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, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso”¹².*

La Corte Constitucional, por su parte, al estudiar la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en sentencia C-928 de 2006, precisó que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fomag no era igual al dispuesto en la Ley 50 de 1990 y, puntualizó que *“[...] el cargo por vulneración del derecho a la igualdad no está llamado a prosperar por la sencilla razón de que, no sólo se trata de un régimen especial, que comprende aspectos prestacionales (cesantías y vacaciones) y de seguridad social (pensiones y salud), basado en sus propias reglas, principios e instituciones, sino que además no existe el alegado impago de los intereses a las cesantías; lo que sucede es que, simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna”.*

En el mismo sentido, el Máximo Tribunal de cierre de lo constitucional, en sentencia SU098 de 2018, estimó 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”.*

Se concluye así que si bien la Corte Constitucional, en la referida sentencia, consideró viable acoger el principio de favorabilidad para resolver un asunto relacionado con el reconocimiento de sanción moratoria regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de un docente público, lo cierto es que, no es posible dar aplicación a la sentencia SU-098 de 2018, por cuanto la misma Corte Constitucional en sentencia también de unificación SU-573 de 2019 indicó que el caso analizado en la sentencia 098 no era aplicable por **ausencia de identidad fáctica**, toda vez que se trataba de un docente vinculado en provisionalidad respecto del cual que se había configurado una omisión de afiliación del docente al Fomag, con lo cual la entidad territorial había incumplido sus obligaciones.

¹¹ Consejo de Estado, sentencia de 9 de mayo de 2022, expediente 08001-23-33-000-2017-00795-01 (2659-2020), Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas.

¹² Al respecto se pueden consultar las sentencias de 20 de enero de 2022, expediente 08001-23-33-000-2017-00931-01 (1001-2021), Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández; 3 de marzo de 2022, expediente 08-001-23-33-000-2015-00075-01 (2660-2020), Consejero ponente: William Hernández Gómez; 9 de mayo de 2022, expediente 08001-23-33-000-2017-00795-01 (2659-2020), Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas; 1° de julio de 2022, expediente 47001233300020160048501 (3153-2021), Consejero ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Aunado a lo expuesto, no sobra recordar fue la misma Corte Constitucional quien en la sentencia SU 573 de 2019 en punto del principio de favorabilidad avaló la posición del Consejo de Estado que sustentó la negativa en su aplicación, veamos:

64. Por otra parte, es preciso destacar que la presunta inaplicación del principio de favorabilidad laboral –artículo 53 de la Constitución-, argumento empleado para sustentar el defecto por desconocimiento del precedente, es una cuestión que ya fue debatida en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho promovidos por los tutelantes, habida cuenta de que estos alegaron como concepto de violación: el desconocimiento de los artículos 13 y 53 de la Constitución¹³. En relación con dicho planteamiento, el Consejo de Estado indicó que, por tratarse de un régimen de liquidación diferente, no era dable a los docentes “recibir los beneficios de un sistema para que con posterioridad a la obtención de aquellos pretenda la aplicación de otro régimen, so pretexto del carácter de su vinculación”¹⁴, pues “favorecerse de las ventajas de uno y otro [...] desconocería el principio de inescindibilidad de la ley laboral”.

Así mismo, resulta importante manifestar que en la decisión adoptada en la sentencia SU-573 de 2019, la Corte Constitucional reconoce que la postura sostenida por el Consejo de Estado en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, que se analizaba en sede de tutela en esa sentencia, que tiene que ver con la sanción moratoria de los docentes en aplicación de la Ley 50 de 1990, **está debidamente sustentada**, es decir, no contraviene el ordenamiento constitucional y legal, aspecto que reconoce el alto órgano de lo constitucional en el numeral 72 de la referida sentencia, así:

*“72. De una parte, el Consejo de Estado fundamentó debidamente la negativa de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías, por considerar que los actores no reunían las exigencias dispuestas por la Ley 50 de 1990 y Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998”.
(Negrillas fuera de texto)*

A lo anterior se suma el hecho de que hasta la fecha no existe sentencia de unificación que haga imperativa la aplicación de una determinada posición jurídica reiterada.

Ahora bien, de otro lado, frente a la aplicación del principio de favorabilidad laboral, tenemos que es un beneficio establecido en el artículo 53 de la Constitución que propende por la aplicación de la norma más favorable al trabajador en caso de duda.

Como quedó sentado, i) la sanción mora es una penalidad impuesta al empleador que incumple la consignación de un derecho prestacional como lo constituye la cesantía en el plazo establecido en la ley, ii) para el caso de los docentes de acuerdo a su régimen especial, media un procedimiento específico para el pago de las cesantías que dista de las regulaciones de la Ley 50 de 1990 que estableció el imperativo de consignación a más tardar el 14 de febrero de cada año; procedimiento que al estar regulado dentro del marco del régimen especial que rige a los docentes está llamado a ser aplicado en su integridad en aplicación del principio de inescindibilidad.

En materia de aplicación del principio de favorabilidad en armonía con el de conglobamento, la Corte Constitucional¹⁵ ha considerado:

¹³ Fl. 519 del expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Ángel María Mendoza Muñoz.

¹⁴ Folios 581 a 591 del expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por María del Socorro Spinning de la Rosa y 590 a 601 del expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Ángel María Mendoza Muñoz.

¹⁵ Sentencia T-569 de 2015

29. El legislador desarrolló el principio de favorabilidad en armonía con el criterio de conglobamento en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, en los siguientes términos: “Normas más favorables. En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas **vigentes** de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. **La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad**” (énfasis añadido). En acuerdo con el anterior precepto, el artículo 20 del mismo cuerpo normativo expresa: “Conflictos de leyes. En caso de conflicto entre las leyes del trabajo y cualesquiera otras, [se] prefieren aquéllas”. Cabe precisar, sin embargo, que el criterio de inescindibilidad o conglobamento no es absoluto y por ello admite diversas limitaciones atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad analizables en cada caso concreto (Infra 59 y 60)¹⁶. (Negrita original).

En el presente caso, es de resaltar que no se trata de un debate que inmiscuya aspectos sustanciales de un derecho laboral prestacional *per se*, que haga imperar la aplicación de la favorabilidad, pues no se está hablando de pormenores sustanciales del derecho como lo pueden ser la liquidación o reconocimiento de la cesantía del docente, sino de la **sanción**, situación accesorio por demás, que se causa por no cancelar o pagar ese monto al Fondo respectivo, en esa medida, no media justificación para efectuar limitaciones al principio de inescindibilidad normativa en el sub examine.

DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS CESANTÍAS A LOS DOCENTES.

De lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 91 de 1989, es la Nación – Ministerio de Educación Nacional, mediante delegación que realiza en las entidades territoriales, la responsable del reconocimiento de las prestaciones sociales, dentro de las cuales se encuentran las cesantías, en favor de los docentes afiliados al Fomag.

El artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 establece que “*las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”.

¹⁶ Sentencia T-832A de 2013. Continúa la misma providencia señalando lo siguiente: “30. Brevemente y solo a modo de ilustración es pertinente indicar que la Sala de Casación Laboral ha modulado el criterio de conglobamento o inescindibilidad en diversas ocasiones, entre ellas en (i) Sentencia 39766 del 2 de agosto de 2011 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza) en la que estimó procedente tomar en consideración el cumplimiento del requisito de densidad de cotizaciones de la pensión de vejez, para reconocer una pensión de invalidez a una persona que no reunía los presupuestos de acceso de esta última prestación. Lo anterior a pesar de que el asunto no envolvía un problema de conflicto entre disposiciones aplicables, sino la posibilidad de dar efectividad a la satisfacción del requisito de densidad de aportes de un sistema normativo más exigente (pensión de vejez), frente a otro diverso y menos arduo en la consolidación del presupuesto de cotización (pensión de invalidez) y; (ii) en Sentencia 29470 del 20 de abril de 2007 (M.P. Luis Javier Osorio) en la que el Tribunal de Casación estimó que en ausencia de disposición infra constitucional que consagrara expresamente la obligación de actualizar el ingreso base de liquidación de la primera mesada de las pensiones de origen legal distintas a las consagradas en el sistema normativo de la Ley 100 de 1993, se apreciaba necesario aplicar la fórmula de indexación prevista en esta última legislación. (En esa dirección el Tribunal señaló: “en los casos en los cuales procede la aplicación de la indexación para el salario base de las pensiones legales, distintas a las consagradas en la ley de seguridad social, o de aquellas no sujetas a su artículo 36, causadas a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, deben tomarse como pautas las consagradas en la mencionada Ley 100 de 1993; esto es, actualizando el IBL anualmente con el índice de precios al consumidor”. En este punto es necesario precisar que la jurisprudencia en vigor de la Sala de Casación Laboral se opone a la indexación de la primera mesada pensional de prestaciones causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, mientras que la jurisprudencia de la Corte Constitucional sí ordena dicho reconocimiento incluso en prestaciones consolidadas en vigor de la Constitución de 1886. Al respecto puede ser consultada la sentencia T-259 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas), entre muchas otras).

31. Asimismo, el propio legislador ha matizado el principio de conglobamento o indivisibilidad en distintas ocasiones. A manera de ejemplo se puede referir (i) el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 que consagra los requisitos de acceso a la pensión de vejez. En su parágrafo 1 señala los periodos que podrán acumularse para el efecto, disponiendo la totalización de tiempos servidos y aportes efectuados en diversos regímenes; (ii) el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que establece que los beneficiarios de un afiliado que fallece habiendo cotizado el mínimo de semanas necesarias para el reconocimiento de una pensión de vejez, tienen derecho a una pensión de sobrevivientes y; (iii) el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 que al regular los requisitos de acceso a la **pensión de invalidez** consagra que “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. (Énfasis añadido)”.

La norma establece que, para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, “el Fondo deberá aplicar **el principio de unidad de caja** con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de obligaciones definidas por la ley”.

Para mayor ilustración, es bueno rememorar el principio de unidad de caja, el cual enseña que: El principio de unidad de caja es un principio presupuestario que consiste en que los recursos que obtiene el Estado no tengan una “afectación especial a gastos determinados, sino que ingresen a formar un fondo común y sirvan para financiar todas las erogaciones”¹⁷. Se tiene que este principio por el que se rige la tesorería de algunas entidades es el de unidad de caja, lo cual en síntesis es una encomienda a la tesorería servir al principio de unidad de caja, mediante la centralización de todos los fondos y valores generados por operaciones presupuestarias y extrapresupuestarias¹⁸. En España, este principio legal establece que salvo que se produzca una afectación expresa, la totalidad de ingresos públicos han de financiar a la totalidad de los gastos públicos¹⁹.

En pocas palabras la unidad de caja o CAJA UNICA ESPECIAL, es aquella en la cual la totalidad de ingresos y gastos de una entidad nacional o local se centralizan en una sola tesorería, y ésta, tiene a cargo la totalidad de gestión de recursos que tenga.

Por ende y, siguiendo el hilo para resolver el tema de la posible contradicción normativa, entre, UNIDAD DE CAJA vs. CUENTAS INDIVIDUALES, se aplica la especialidad, en este caso, la ley 91 de 1989 ratificada por la Ley 1955 de 2019 supera la generalidad de la Ley 50 de 1990 en relación al pago de las cesantías en cuentas individuales, tanto uno, como otro principio se oponen entre sí, pues el uno enseña que todo ingreso y gasto sea centralizado en una tesorería, dependencia o fondo especial, que le corresponde la gestión de los recursos a financiar y, el otro que propende por tener cuentas independientes o individuales para que se manejen los ingresos y los gastos, es decir las cuentas no son centralizadas sino separadas; se puede decir sin dubitación que, la Ley 1955 de 2019 centraliza los recursos de FOMAG mientras la Ley 50 de 1990 descentraliza dichos recursos para la gestión.

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que las cesantías de los docentes se pagan a través de Fomag y no mediante un conjunto de cuentas individualizadas, pues reiteramos, la ley especial y las normas actuales, ratifican la **UNIDAD DE CAJA** como principio fundamental para el pago de prestaciones que paga el Magisterio para cada docente. Esto es así, porque los profesores del sector público son afiliados forzosos al Fomag, según lo dispone el artículo 4° de la Ley 91 de 1989, por lo tanto, no tienen la posibilidad de escoger un fondo de cesantías privado o público para que el Ministerio de Educación les consigne el auxilio de cesantías.

Ahora bien, se tiene que no existe una orden legal que le imponga al Fomag la obligación de consignar las cesantías, sino que, lo que se garantiza, es que, dentro de los primeros días del año, las secretarías de educación de las entidades territoriales reporten y remitan a dicho fondo las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes de su cargo, en los formatos que para el efecto dispone el Ministerio de Educación y que este, a su vez,

¹⁷ Principio de unidad de caja: <http://diccionariojuridico.mx/definicion/principio-de-unidad-de-caja-o-de-no-afectacion-de-recursos/>

¹⁸ La tesorería de las entidades locales: <https://opoadministrativos.wordpress.com/la-tesoreria-de-las-entidades-locales-regimen-juridico-el-principio-de-unidad-de-caja/>.

¹⁹ Principio presupuestario de la unidad de cajas de España: <https://espana.leyderecho.org/principio-presupuestario-de-unidad-de-caja/>

dentro de los 10 días hábiles siguientes al recibo de la información por parte del ente territorial, los envíe a la entidad fiduciaria²⁰.

Cabe precisar que dicho reporte de cesantías corresponde a los docentes activos y retirados y se liquida a través de plataforma electrónica dispuesta por el Fondo en cumplimiento de las obligaciones del contrato de fiducia y, para el caso del reporte de las cesantías de 2020, se estableció como fecha de límite el 5 de febrero de 2021²¹.

Ahora bien, de los recursos que corresponde aportar a los entes territoriales por el sistema general de participaciones, están disponibles en el Fomag desde el año anterior y son trasladados directamente por el Ministerio de Hacienda y otros se realizan mensualmente, conforme a lo dispuesto en los artículos 18²², parágrafo 2°, y 36²³ de la Ley 715 de 2001, 12 y 13 de Decreto 196 de 1995, modificados por los Decretos 2370 de 1997 y 2019 de 2000 y el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

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

Es así, como no se advierte la existencia de obligación de las secretarías de educación territoriales, ni de la Nación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, como sí se regula en el régimen de cesantías anualizado de la Ley 50 de 1990, sin que esto sea causa o argumento para entender vulnerado el principio de favorabilidad laboral, pues se trata del desarrollo propio del régimen especial al que pertenece ese grupo de trabajadores el cual está llamado a ser aplicado en su extensión y por extensión del principio de **inescindibilidad normativa** que impone la prohibición de escoger los aspectos favorables entre un régimen y otro.

En gracia de comparación, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de

²⁰ Acuerdo 39 de 1998 "Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio."

²¹ Comunicado 8 de 11 de diciembre de 2020, allegado al expediente electrónico con la contestación de la demanda "Documento 16.Comunicado-Nomina-Interes-a-las-Cesantias.pfd"

²² "ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. <Ver Notas del Vigencia y Notas del Editor> Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas* especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.

PARÁGRAFO 1o. Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscal de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.

PARÁGRAFO 2o. Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.

(...)"

²³ "ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE COSTOS AL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA EDUCACIÓN. La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1o. del artículo 357 de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002.

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1o. de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones."

cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del Gobierno Nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

Lo anterior, muestra que, si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen.

Además, en lo relativo a los intereses, estos se liquidan y reportan al 5 de febrero de cada año, y se calculan sobre la suma acumulada por el docente de todas las cesantías liquidadas año a año, y se pagan en el mes de marzo de cada año.

Abundando en consideraciones, se hace necesario indicar que el principio de la sostenibilidad fiscal consagrada en el artículo 334 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 03 de 2011, es un instrumento para cumplir de manera progresiva la cláusula social del Estado de derecho, en tanto asegura las condiciones económicas necesarias para el cumplimiento de las obligaciones prestacionales a cargo de la Administración Pública, a fin de materializar los derechos constitucionales de todos los colombianos, bajo un criterio orientador del poder público en pro del equilibrio fiscal.

Ahora bien, la naturaleza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos, por disposición de la citada ley, son manejados por la Fiduprevisora S.A., entidad fiduciaria de economía mixta vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica y autonomía administrativa. Y según lo dispuesto en el literal b) del numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 es con cargo a los recursos del citado fondo que se pagan las pensiones, cesantías e intereses de cesantías de sus afiliados, así como los servicios médico-asistenciales de los afiliados y sus beneficiarios. En ese sentido, el FOMAG, no es una sociedad administradora de fondos de cesantías o de pensiones, y, por lo cual, tiene una naturaleza jurídica distinta a éstas, pues fue creado para la afiliación exclusiva de los docentes vinculados al servicio público de educación preescolar, básica y media estatal en virtud de su Sistema Especial de Carrera Docente, en razón a que su régimen es especial y sus recursos están destinados a pagar todas las prestaciones sociales de los docentes, en virtud de lo previsto en las leyes 91 de 1989 y 115 de 19945 y, en los decretos 2277 de 1979 y 1278 de 2002.

Es así que, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta a la prevista por la Ley 50 de 1990

artículo 99, por cuanto los recursos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos. Los valores que se giran por estos conceptos son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual.

4.4. Acervo probatorio.

Por la parte demandante: carpeta denominada 001Demanda:

- Petición de 13 de septiembre de 2021, con su respectiva constancia de radicación en la entidad. (Folios 54-58 del Archivo 001).
- Copia del Oficio de 22 de septiembre de 2021, expedido por la Secretaría de Educación del Distrito. (Folios 59-60 del Archivo 001).
- Copia del Oficio de 01 de octubre de 2021, radicado No. S-2021-314246. (Folios 63-64 Archivo 001).
- Extracto de intereses a las cesantías expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (Folios 65 – 67 del Archivo 001).

Por la parte demandante: carpeta denominada 013Archivo:

- Acuerdo No. 39 de 1998 expedido por el Consejo Directivo FOMAG para el reporte de las Secretarías de Educación de los Intereses Moratorios (Folios 35-37)
- Comunicación No. 16 de 17 de diciembre de 2019 radicado No.20190172878591, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (Folios 38-39).
- Comunicación No. 008 de 11 de diciembre de 2020 radicado No. 20200170161153, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (Folios 42-44).

4.5. Examen del caso concreto.

- **Del Acto Ficto:**

Si bien es cierto que dentro del plenario existe un Acto Administrativo de fecha 22 de septiembre de 2021, expedido por la Secretaria de Educación en la que se les da respuesta algunas de las peticiones solicitadas por el actor, también lo es que, en dicho acto se remite por competencia a la Fiduciaria La Previsora S.A.²⁴ para que responda de fondo y no está demostrado en el proceso que se alleguen las respuestas de la entidad.

Ahora bien, la petición de pago de sanción moratoria por pago tardío de sus cesantías fue radicada el **13 septiembre de 2021**, ante el Ministerio de Educación Nacional.

En la demanda se deprecia la nulidad del acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo negativo conforme a la petición radicada.

Disposición que regula común a los procesos: **Artículo 83 del C.P.A.C.A.**, que dispone:

²⁴ Visible a folio 59 de la carpeta 001 del expediente digital.

“Artículo 83 del C.P.A.C.A.: Silencio Negativo. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

...

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda.

En ese orden de ideas es claro que se configuró el silencio administrativo negativo el **13 de diciembre de 2021**, en consideración a que la entidad accionada guardó silencio, es decir, no resolvieron de fondo las peticiones elevadas por la demandante, en consecuencia, se declarará su ocurrencia.

- **De la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías**

La parte demandante pretende obtener el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por la no consignación oportuna de sus cesantías causadas en 2020, desde el 15 de febrero de 2021 hasta la fecha efectiva de pago de la prestación, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses de aquellas cesantías.

Para resolver el particular, el Juzgado reitera la subregla de aplicación normativa revelada en el estudio de derecho antes efectuado, según la cual, señala que las prestaciones sociales de los educadores oficiales, como lo son las cesantías, están a cargo de la Nación y pagadas por el Fomag, cuyos recursos se rigen por el principio de unidad de caja, es decir, que no existe un conjunto de cuentas individualizadas para cada docente, sin que por tal hecho se encuentre probado la vulneración del derecho al pago de las cesantías de la reclamante, debido a que no se demostró la indisponibilidad de los recursos.

De lo expuesto hasta ahora, se destaca, que (i) las cesantías en el régimen de anualidad de los docentes, no se liquidan de forma definitiva, sino mediante un acumulado año a año; (ii) dicha liquidación es reportada por parte del ente territorial al Fomag, a través de una plataforma informática el 5 de febrero de cada año; (iii) las cesantías las paga la Nación a través de la cuenta especial del Fomag, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos para el pago no solamente de las cesantías, sino también de las pensiones, otras prestaciones de la seguridad social y de los servicios médicos de los docentes y no mediante cuentas individualizadas para los maestros, como sí ocurre con los empleados públicos afiliados a fondos privados de cesantías o al Fondo Nacional del Ahorro, puesto que, se reitera, el Fomag es el único fondo al que se pueden afiliar los docentes estatales.

Por lo anterior, no es procedente acceder a la pretensión de indemnización moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías causadas en 2020, pues, de lo expuesto, se infiere que existen amplias diferencias respecto de la liquidación y manejo de las cesantías entre el régimen especial docente y el previsto en la Ley 50 de 1990, puesto que, en esta última regulación, el legislador fijó en el artículo 99 la liquidación definitiva de cesantías a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser

consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este.

En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el Fomag, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del sistema general de participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

- **De los intereses a la cesantía**

Ahora bien respecto al segundo interrogante planteado, esto es los intereses para los docentes del sector público, este se encuentra regulado por el régimen especial contenido en artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que establece que los afiliados del Fomag reciben un interés sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, los cuales son calculados con la tasa de interés certificada por la Superintendencia Financiera; empero, en dicha norma no se estableció la fecha en que debían ser pagados tales intereses.

Revisado el extracto de cesantías expedido por el Fomag²⁵, se puede constatar:

1. El monto de liquidación de cesantías de la actora para el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2020, correspondió a la suma de \$5.103.213; (ii) para esa época tenía un acumulado de cesantías equivalente a \$ 18.393.418; (iv) los intereses se le liquidaron con la tasa DTF de 3.64%; y (v) **fueron consignados el 31 de marzo de 2021 en la cuenta del Bancolombia de la docente.**

Con base en lo anterior, la indemnización reclamada resulta incompatible para el caso de los docentes oficiales, como quedó expuesto en los hechos probados el pago de los intereses anuales sobre el saldo de las cesantías que tenía la demandante al 31 de diciembre de 2020 el FOMAG los liquidó y los pago el 31 de marzo en la forma que estipula el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y específicamente el Acuerdo 34 de 1998, esto es, en el mes de marzo, tal como lo efectuó la demandada.

En ese orden, el Despacho negará las pretensiones de la demanda, debido a que, no se desvirtuó la presunción de legalidad que ampara al acto ficto o presunto negativo demandado.

4.6. Costas: de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso, no hay lugar a la condena en costas, porque no se demostró su causación.

V. DECISIÓN

²⁵ Visible a folios 64 a 66 de la carpeta 001 del expediente digital

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado 25 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda - Oral**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la existencia del acto administrativo ficto ocurrido en el silencio administrativo negativo de la **Fiduciaria La Previsora S.A** respecto de la solicitud elevada por la demandante el **13 septiembre de 2021** orientada a obtener el reconocimiento y pago de la sanción mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, así como el pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías de conformidad con la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

SEGUNDO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO.- Sin condena en costas, en esta instancia.

CUARTO.- En firme esta sentencia, de mediar solicitud, por Secretaría, **expídanse** las copias que corresponda, de conformidad con lo señalado por el artículo 114 del Código General del Proceso; y **archívese** el expediente, dejando las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ANTONIO JOSÉ REYES MEDINA
Juez

ADL

Firmado Por:
Antonio Jose Reyes Medina
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Sala 025 Contencioso Admsección 2
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: **82a5daae3942fe8f89059c217466c7e019472373ed557f54c85fe421a8ec232e**

Documento generado en 02/05/2023 08:16:17 PM

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