

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ALMA ELENA TETE CASTILLA
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DEL CESAR
RADICADO: 20001-33-33-005-2022-00099-00

I. ASUNTO. -

Procede el Despacho a dictar sentencia en el presente proceso promovido a través de apoderado judicial, por la señora ALMA ELENA TETE CASTILLA, contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Cesar, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, regulado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

II.- ANTECEDENTES.-

2.1.- HECHOS. –

En la demanda se indica que el parágrafo 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la competencia de pagar las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

Se afirma que con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la Ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el FOMAG en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente.

Que, con fundamento en lo anterior, la demandante, al laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las demandadas, tiene derecho a que sus intereses de las cesantías del año 2020 sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y las cesantías del mismo año, sean consignadas a más tardar el día 15 de febrero del 2021.

Finalmente se expone que el día 30 de octubre de 2021, la demandante solicitó ante las entidades demandadas el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías del año 2020 y sus intereses, petición que fue resuelta negativamente de manera ficta.

2.2.- PRETENSIONES. –

Se solicita que se declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día 30 de octubre de 2021 frente a la petición presentada ante la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar el 30 de julio del mismo año, mediante el cual se (i) niega el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías correspondientes al año 2020, de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; así mismo se (ii) niega la indemnización por el pago tardío de los intereses de las cesantías, de conformidad con el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se declare que la demandante tiene derecho a que la Nación- Ministerio de Educación - Fomag y el Departamento del Cesar, le reconozcan y paguen i) la sanción moratoria por NO haber consignado las cesantías correspondientes al año 2020, sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 y hasta que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente y la ii) indemnización por el pago tardío de los intereses de dichas cesantías, de conformidad con el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, sanción equivalente al valor cancelado de los intereses causados sobre esa anualidad, los cuales fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

Finalmente solicita que se condene a las demandadas a pagar los intereses correspondientes, que se ordene dar cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del CPACA, que las sumas reconocidas sean indexadas y que se condene en costas y agencias en derecho.

2.3.- FUNDAMENTOS DE DERECHO. –

Como normas violadas se citan los artículos 13 y 53 de la Constitución política, artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, artículo 99 de la Ley 50 de 1990, artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, artículo 1° de la Ley 52 de 1975, Artículo 13 de la Ley 344 de 1996, artículo 5 de la Ley 432 de 1998, artículo 3 del Decreto 1176 de 1991 y artículos 1 y 2 del Decreto 1582 de 1998.

Aduce la parte actora que, cuando se expidió la Ley 50 del 28 de diciembre de 1990, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, la finalidad 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 la 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.

Expone que al tratarse de unas cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre las cesantías, pagarle los intereses antes del 30 de enero y ser consignados en el Fomag antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de servidores públicos, aclarando que por orden legal, todos los docentes de la educación pública deben ser afiliados al prenombrado fondo, sin que haya lugar a que el docente pueda elegir otra entidad que maneje los recursos de su pensión, cesantías y aportes de salud.

Señala que para el trámite de la consignación de las cesantías al 15 de febrero de 2021 y el pago de los intereses al 31 de diciembre de 2020, era la Nación- Ministerio de Educación, conforme a lo establecido en la Ley 91 de 1989 y la Ley 50 de 1990, la única responsable de la consignación de las cesantías y de su reconocimiento, circunstancia que fue modificada en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, donde la función fue descentralizada para las entidades territoriales, ya no simplemente para la elaboración y liquidación de los actos administrativos de cesantías, sino que con posterioridad al 1 de enero de 2020 serían reconocidas y liquidadas de manera descentralizada, lo que hace responsable de manera conjunta a la Nación y al ente territorial.

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

III. TRÁMITE PROCESAL. -

3.1. ADMISIÓN:

La demanda fue presentada el día 11 de marzo de 2022, correspondiéndole su conocimiento a este Juzgado por reparto, quien mediante proveído del 28 de abril del mismo año la admitió.

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FOMAG, contestó la demanda, argumentando que se opone a todas y cada una de las pretensiones, pues las mismas no tienen vocación de prosperidad.

Aduce que, la demandante, cuando plantea la secuencia de los supuestos de hecho en los cuales fundamenta sus pretensiones, hace referencia a apartes normativos inexistentes. Concretamente, señala que la Ley 344 de 1996 no consagra la obligación de pagar sanción moratoria por la presunta consignación inoportuna de las cesantías reclamadas. La ley 50 de 1990 no es aplicable al Magisterio, puesto que, la norma de derecho sustancial aplicable a la sanción moratoria derivado del pago tardío de las cesantías es la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 270 de 1996.

Señala que, la Ley 91 de 1989 señaló en su artículo 15, que el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes nacionales vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se efectuará de acuerdo con el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial; en tanto que, para los docentes nacionalizados vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se rigen por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, reguladas anteriormente por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Indica que La ley 91 de 1989, el Decreto 3135 de 1968, desarrollado en el decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018 y complementado por las leyes 244 de 1995, 344 de 1996, 1071 de 2006 y 1955 de 2019 no contemplan la posibilidad de pagar intereses sobre intereses, sanciones o indemnizaciones respecto a los desembolsos sobre los intereses a las cesantías,

como tampoco la aplicabilidad directa o por analogía de las disposiciones legales que rigen las relaciones individuales de los trabajadores particulares. Aduce que las normas citadas deben estudiarse en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.

Manifiesta 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 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, por todo lo anterior, no se puede aplicar el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 porque no existe una fuente presupuestaria para registrar el despido de docentes oficiales fuera de plazo, porque dicho despido está garantizado con recursos del fondo hasta ese momento donde la norma describe el límite de envío (antes del 15 de febrero del próximo período de validez).

Con fundamento en lo anterior concluye que al Fondo Nacional de Prestaciones Social del Magisterio no le aplican las disposiciones de la Ley 50 de 1990 y que NO tiene la naturaleza de un Fondo Privado de Cesantías.

Propone la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, sustentada en la imposibilidad jurídica y material de administrar los recursos de las cesantías de los docentes del FOMAG bajo la figura de cuentas individuales, lo cual descarta, de contera, que se pueda ejecutar el acto físico de la consignación de las cesantías, hecho del cual pende la configuración de la sanción moratoria de que trata la Ley 50 de 1990.

Por su parte el DEPARTAMENTO DEL CESAR contestó la demanda oponiéndose a que se efectúen las declaraciones y condenas objeto de las pretensiones solicitadas en la demanda, por cuanto como ente territorial, no está llamado a responder por la eventual sanción y/o condena por mora causada al mencionado demandante, con ocasión al reconocimiento y pago de la no consignación oportuna de las cesantías, pues por mandato legal, dicho pago se realizará a cargo y según la disponibilidad presupuestal con la que cuente la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por ende, solicita declarar probadas las excepciones propuestas, absolviéndose al DEPARTAMENTO DEL CESAR, de todos los cargos impetrados en su contra.

Resalta que el régimen prestacional de los docentes se encuentra regido por unas normas especiales dentro de dicho régimen especial se encuentran las cesantías y los plazos de reconocimiento no están enmarcados por la ley alegada en la demanda; sino por el Decreto 2831 de 2005, el presente decreto reglamenta el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y se dictan otras disposiciones; este decreto en el capítulo segundo establece el trámite que se debe efectuar para que proceda el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En efecto, aduce que se puede dilucidar que no es competencia de la Secretaría de Educación Departamental realizar el pago de las prestaciones sociales a cargo de Fidupegvisora S.A.; por dicho motivo no es procedente reconocer la indemnización moratoria por el no pago oportuno de la cesantías parciales a favor del solicitante, ni tampoco puede pretenderse que la norma jurídica que cita el demandante se aplique como generadora de derecho, es clara al establecer la sanción moratoria a la entidad pagadora no a la que colabora en el trámite de dicha prestación, como lo es el caso de la Secretaría Educación.

Propone las excepciones de COBRO DE LO NO DEBIDO E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION, al considerar que la entidad no le adeuda suma alguna al demandante por concepto pago de la sanción moratoria por presuntos incumplimientos en el pago de las cesantías.

Las excepciones de FALTA DE LEGITIMACION POR PASIVA, FALTA DE RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA y CADUCIDAD, fueron desatados en providencia de 10 de noviembre de 2022 (archivo digital 26).

3.3. AUDIENCIA INICIAL:

La audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA fue celebrada el 01 de marzo de 2023 (archivo digital 35), en la cual se decretó la práctica de pruebas.

3.4. AUDIENCIA DE PRUEBAS:

La audiencia de pruebas fue suspendida debido a que no se aportaron las pruebas decretadas. En virtud del Departamento del Cesar no había dado respuesta al requerimiento probatorio el 27 de julio de 2023 se da apertura al incidente sancionatorio contra la secretaria de educación del Departamento del Cesar, en providencia siguiente de fecha 21 de septiembre del mismo año en virtud de que la Secretaria de Educación del Departamento del Cesar dio respuesta a la solicitud elevada dentro de este asunto, y acto seguido se corrió traslado de éstas a las partes y en providencia de fecha 28 de septiembre se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento en consecuencia se dispuso que las partes presentaran sus alegatos de conclusión por escrito, dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación del mentado proveído, oportunidad en la cual el Ministerio Público podría presentar el concepto respectivo.

3.5. ALEGATOS DE CONCLUSION

PARTE DEMANDANTE: Reafirma lo expuesto en el escrito de la demanda y en el memorial por el cual descorre las excepciones propuestas por la entidad demandada.

Señala además que, los docentes hacen parte de los empleados públicos, a quienes, en general, les aplica la sanción moratoria. En tal medida, se trata de un escenario en el cual todos gozan de una prestación, el auxilio de cesantías, que garantiza la subsistencia ante el desempleo y el acceso a la educación y vivienda. Por ello, un acercamiento que disminuye la protección de la garantía a unos en perjuicio de los otros, viola el derecho a la igualdad.

Aduce que la aplicación de la norma general del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no resulta incompatible con el régimen especial que regula la figura del auxilio de cesantías de los docentes porque no afecta los requisitos, términos y competencia

para su reconocimiento ni afecta el derecho de los docentes a esta prestación como tampoco genera exclusiones entre los docentes del magisterio.

De conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad, afirma que es procedente 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, en razón a ello, no se les garantiza a los trabajadores de la educación, que la Nación cumpla con la consignación de los recursos en los términos establecidos y por esta razón, de manera habilidosa, el FOMAG expidió el artículo 5 del Acuerdo 34 de 1998, que fue declarado nulo por la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, con providencia de treinta y uno (31) de octubre de 2019, en el proceso con Radicación número: 11001-03-25-000-2016-00992-00(4473-16), Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Agrega que en los extractos de cesantías individuales de cada docente, se puede evidenciar que en el FOMAG SÍ existe una cuenta individual de cesantías para cada docente y las fechas en las que depositan el valor de los intereses a las cesantías, actuación que también se hace por fuera del término legal, PERO NO DE MANERA EFECTIVA LOS RECURSOS que le fueron descontados de las nóminas al SGP y a los propios docentes, lo que lo hacen acreedores a una SANCIÓN POR MORA EN LAS CESANTÍAS POR CONSIGNACIÓN INOPORTUNA DE LAS MISMAS como lo ha determinado expresamente el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Finalmente aporta la sentencia de fecha 26 de enero de 2023 proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado No. 47001233300020180023100 (0871-2020), demandante: Trumancery Garizabalo Suárez, demandando Nación- Ministerio de Educación- Fomag, sentencia dentro de la cual el Consejo de Estado ratificó su postura en relación con la procedencia de la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías anualizadas en el caso de los docentes, en virtud de lo establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

La NACION - MINISTERIO DE EDUCACION-FOMAG: Argumenta 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 abrir 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.

De lo anterior se concluye que, en primer término, en el FOMAG no hay cuentas individuales para los docentes, y segundo, 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.

Agrega que, a diferencia de los docentes afiliados al FOMAG, en el caso de los trabajadores particulares, el esquema previsto es un porcentaje anual o proporcional por fracción, en este caso el 12%, que se aplica a la suma causada en el año o en la respectiva fracción. Señala que a diferencia de los docentes del FOMAG, los trabajadores particulares: (i) no tienen la posibilidad de que la liquidación de los

intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, sino por el de cada año individualmente considerado, y (ii) la tasa de interés está atada al 12%, sin que se consideren las fluctuaciones de la economía, hecho que sí está previsto para los docentes del FOMAG, cuya tasa de interés será la certificada por la hoy Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Finalmente, el Departamento del Cesar presenta sus alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, haciendo énfasis en la procedencia de la excepción de falta de legitimación por pasiva del ente territorial.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO. -

El Agente del Ministerio Público, se abstuvo de emitir concepto de fondo dentro del presente asunto.

V.- CONSIDERACIONES. –

61.- COMPETENCIA. –

El Despacho es competente para conocer en primera instancia de este asunto, de conformidad con lo señalado en el numeral 2° del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6.2.-FUNDAMENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL PARA RESOLVER LA FIJACIÓN DEL LITIGIO. -

MARCO NORMATIVO

El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como «una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por 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 sociales¹ que se causaran a favor del personal docente nacional y nacionalizado, a partir de la promulgación de esa ley.

En lo que tiene que ver con las cesantías, su reconocimiento se estableció en el artículo 15 de la aludida norma, en los siguientes términos:

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 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.*

¹ De acuerdo con el artículo 5, numeral 1, de la Ley 91 de 1989.

Por su parte, 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;** (Se resalta).

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.

MARCO JURISPRUDENCIAL

La tesis del Consejo de Estado inicialmente había sido la de considerar que los docentes 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 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello es «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, de ahí que el *a quo* se acogió a esa tesis interpretativa.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues en Sentencia C-928 de 2006² señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. Además, puntualizó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad porque «simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos³ es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna».

² Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³ Refiriéndose a diferentes prestaciones, entre ellas las cesantías.

Sin embargo, por vía de acción de tutela, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado⁴ consideraron que en virtud del principio de favorabilidad, era 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.

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».

Posteriormente, por medio de la sentencia SU-573 de 2019, la Corte Constitucional declaró improcedente las acciones de tutela interpuestas contra fallos del Consejo de Estado sobre este asunto e indicó que la regla jurisprudencial fijada por medio de la sentencia SU-098 de 2018, citada en precedencia, solo constituye precedente en el evento en que se omita la afiliación del docente al FOMAG, de modo que en aquellos casos en que se pretende la sanción por la falta de consignación de las cesantías a los beneficiarios del señalado fondo, no existe una providencia de unificación con efectos vinculantes que pueda aplicarse a las situaciones con similitud fáctica y jurídica.

Con fundamento en lo anterior, recientemente la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo, en atención a que no existía una postura unificada para aquellos casos en los que se pretende la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG, decidió unificar su jurisprudencia y en sentencia de Unificación SUJ-0332-CE-S2-2023 dictada el 11 de octubre de 2023 por la Sección Segunda dentro del radicado 66001-33-33-001-2022-00016-01, concluyó que *“Los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho a la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que es incompatible con el sistema de administración de cesantías regulado por la Ley 91 de 1989. Sin embargo, al personal docente en servicio activo que no esté afiliado al FOMAG le será aplicable la Ley 50 de 1990 y, por ende, la sanción moratoria del artículo 99, como un mínimo de protección social en favor del docente estatal. Así mismo, en relación con los intereses de las cesantías concluyó que tampoco es procedente el reconocimiento de la indemnización estipulada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses del 12%, como quiera que no está prevista en la Ley 91 de 1989”*.

6.3.- CASO CONCRETO. –

De las pruebas obrantes dentro del plenario, específicamente del certificado de extracto de intereses a las cesantías, se extrae que la señora ALMA ELENA TETE CASTILLA se encuentra vinculada como docente a la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar afiliado al FOMAG desde el año 2003, gozando del régimen de cesantías anualizado (folio 10 del anexo 04 del expediente digital)

⁴ Ver, entre otras, sentencias del Consejo de Estado, del 17 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04617-01, Sección Tercera, M.P. y del 28 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04679-01, Sección Primera, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

También se acreditó que los intereses de las cesantías de la docente ALMA ELENA TETE CASTILLA correspondientes al año 2020 fueron pagados el 27 de marzo de 2021, ello de conformidad con el referido extracto de intereses a las cesantías que fue aportado con los anexos de la demanda.

Finalmente se tiene que mediante petición presentada el 30 de octubre de 2021, la señora ALMA ELENA TETE CASTILLA solicitó ante la secretaría de educación del Departamento del Cesar, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, así como el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el pago tardío de los intereses de las cesantías, en virtud de lo establecido en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, lo cual fue negado a través del acto administrativo demandado.

En virtud de los elementos de prueba allegados al proceso, se encuentra demostrado que ALMA ELENA TETE CASTILLA es docente vinculado al Departamento del Cesar y por lo menos desde el año 2003 se encuentra afiliado al FOMAG ante quien efectuó retiros parciales de cesantías entre 2003 y 2020, con cargo a los recursos del fondo provenientes, entre otros, del Sistema General de Participaciones.

Así las cosas, de acuerdo con la regla jurisprudencial fijada por el Consejo de Estado y que fue citada en precedencia, la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 cuya aplicación pretende el demandante, es incompatible con el sistema especial que lo beneficia en su condición de docente afiliado al FOMAG. En consecuencia, no tiene derecho al pago de la penalidad.

Ahora bien, en relación con **la pretensión de reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago tardío de los intereses de las cesantías** en virtud de lo establecido en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, considera el despacho que dicha pretensión NO está llamada a prosperar, porque:

1. La Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por pago tardío de los intereses de las cesantías, y al estar dicha indemnización determinada en la Ley 52 de 1975, solo es aplicable a los trabajadores particulares, toda vez que el Decreto 1252 de 2000, no la hizo extensiva a los servidores públicos, como sí lo hizo con el pago de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías estipulado en la Ley 50 de 1990.
2. Las sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que en aplicación del principio de favorabilidad establecieron que era procedente la aplicación de la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, NO hicieron ningún pronunciamiento de dicha favorabilidad con relación a la consignación tardía de los intereses de las cesantías de que trata el artículo 1° de la Ley 52 de 1975.
3. Porque la sentencia de unificación de fecha 11 de octubre de 2023 proferida por el Consejo de Estado concluyó que los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho al reconocimiento de la indemnización estipulada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías.

Por lo expuesto se negarán las pretensiones de la demanda.

Estima el Despacho que no hay mérito para condenar en costas a la parte vencida, porque en el expediente no se encuentran pruebas que las demuestren o justifiquen⁵.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar probadas las excepciones denominadas INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COBRO DE NO DEBIDO, propuestas por el Departamento del Cesar. En consecuencia

SEGUNDO: SE NIEGAN las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: En firme la providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Firmado electrónicamente)
LILIBETH ASCANIO NUÑEZ
JUEZ

⁵ En el mismo sentido, sentencias del 6 de julio de 2016, Exp. 21601, M.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia y de 1º de junio de 2017, Exp. 20882, M.P. Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto.

Firmado Por:
Lilibeth Ascanio Nuñez
Juez
Juzgado Administrativo
005
Valledupar - Cesar

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: **3e9b3eb50d37597fa184bfa6829f6765d2d714a63ab12b990ead225988128e12**

Documento generado en 31/10/2023 09:54:08 AM

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