INFORME DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL

DATOS GENERALES DEL CONTRATISTA			
Fecha de presentación del informe:	DICIEMBRE de 2023	Numero de contrato:	CD-45-2023-1377
Nombres y apellidos del contratista:	RAINIERO ROBERTO AHUMADA OTERO		
Fecha de inicio	24-03-2023	Fecha de finalización	23-11-2023
Periodo del informe:	*Noviembre 24 a Diciembre 23 de 2023.*	Informe número:	9
Objeto del contrato:	PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES PARA EJERCER LA DEFENSA JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL DEL DISTRITO DE BARRANQUILLA ANTE LOS DISTINTOS DESPACHOS JUDICIALES Y ADMINISTRATIVOS		

Las siguientes actividades se desarrollan en cumplimiento del objeto contractual y las obligaciones pactadas:

Obligaciones específicas	Descripción de las Actividades realizadas por el contratista en cumplimiento de sus obligaciones	Soportes
Aportar copia autentica de las sentencias ejecutoriadas, falladas en contra del Distrito acompañada de concepto jurídico en el cual se detallen los antecedentes del proceso, la cuantía de la condena y la viabilidad o no del pago de la misma.	**DDE:** MARIDILLA ROSA RIVERA SILEBI **DDO:** NACION - MINIEDUCACION- FOMAG- DEIP DE BARRANQUILLA RAD 08001333301220220021500 SENTENCIA DE FECHA 14-11-2023 NOTIFICADA POR CORREO ELECTRONICO DE FECHA 15-11-2023 MEDIANTE LA CUAL FALLA:1. NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA FORMULADA POR LA SEÑORA MARIDILLA ROSA RIVERA SILEBI. 2. SIN COSTAS. 3. EJECUTORIADA LA PRESENTE DECISIÓN Y PREVIA ACREDITACIÓN DEL PAGO DEL ARANCEL PREVISTO EN EL ACUERDO PCSJA18-11176 DEL 13 DE DICIEMBRE DE 2018, A COSTAS DE LA PARTE INTERESADA, EXPÍDASE POR SECRETARÍA, COPIA AUTENTICA DE LA PRESENTE SENTENCIA CON LA RESPECTIVA CONSTANCIA DE EJECUTORIA Y LAS PRECISIONES DEL ARTÍCULO 114 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, LAS CUALES SE ENTREGARÁN A QUIEN HA VENIDO ACTUANDO COMO APODERADO; SEGUIDAMENTE, ARCHÍVESE EL EXPEDIENTE **DDE:** LUZ MARINA LEMUS OTERO **DDO:** NACION - MINIEDUCACION- FOMAG- DEIP DE BARRANQUILLA	Sentencia notificada

	Rad: 08001333301220220032400 SENTENCIA DE FECHA 14-11-2023 NOTIFICADA POR CORREO ELECTRONICO DE FECHA 15-11-2023 MEDIANTE LA CUAL FALLA: 1. NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRESENTADA POR LA SEÑORA LUZ MARINA LEMUS OTERO, POR LAS RAZONES EXPUESTAS EN PRECEDENCIA. 2. SIN COSTAS. 3. EJECUTORIADA LA PRESENTE DECISIÓN Y PREVIA ACREDITACIÓN DEL PAGO DEL ARANCEL PREVISTO EN EL ACUERDO PCSJA18-11176 DEL 13 DE DICIEMBRE DE 2018, A COSTAS DE LA PARTE INTERESADA, EXPÍDASE POR SECRETARÍA, COPIA AUTENTICA DE LA PRESENTE SENTENCIA CON LA RESPECTIVA CONSTANCIA DE EJECUTORIA Y LAS PRECISIONES DEL ARTÍCULO 114 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, LAS CUALES SE ENTREGARÁN A QUIEN HA VENIDO ACTUANDO COMO APODERADO; SEGUIDAMENTE, ARCHÍVESE EL EXPEDIENTE. **DDE:** RODOLFO RAFAEL PEREZ FLOREZ **DDO:** NACION - MINIEDUCACION- FOMAG- DEIP DE BARRANQUILLA RAD: 08001333301220220017800 SENTENCIA DE FECHA 10-11-2023 NOTIFICADA POR CORREO ELECTRONICO DE FECHA 15-11-2023 MEDIANTE LA CUAL FALLA: 1. NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA FORMULADA POR EL SEÑOR RODOLFO RAFAEL PEREZ FLOREZ. 2. SIN COSTAS. 3. EJECUTORIADA LA PRESENTE DECISIÓN Y PREVIA ACREDITACIÓN DEL PAGO DEL ARANCEL PREVISTO EN EL ACUERDO PCSJA18-11176 DEL 13 DE DICIEMBRE DE 2018, A COSTAS DE LA PARTE INTERESADA, EXPÍDASE POR SECRETARÍA, COPIA AUTENTICA DE LA PRESENTE SENTENCIA CON LA RESPECTIVA CONSTANCIA DE EJECUTORIA Y LAS PRECISIONES DEL ARTÍCULO 114 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, LAS CUALES SE ENTREGARÁN A QUIEN HA VENIDO ACTUANDO COMO APODERADO; SEGUIDAMENTE, ARCHÍVESE EL EXPEDIENTE. **DDE:** JANNE ISABEL HERAZO OROZCO **DDO:** NACION - MINIEDUCACION- FOMAG- DEIP DE BARRANQUILLA RAD: 08001333301220220017300 SENTENCIA DE FECHA 10-11-2023 NOTIFICADA POR CORREO ELECTRONICO DE FECHA 15-11-2023 MEDIANTE LA CUAL FALLA: 1. NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA FORMULADA POR LA SEÑORA JANNE ISABEL HERAZO OROZCO, POR LO EXPUESTO EN LA PARTE MOTIVA DE ESTA SENTENCIA. 2. SIN COSTAS. 3. EJECUTORIADA LA PRESENTE DECISIÓN Y PREVIA ACREDITACIÓN DEL PAGO DEL ARANCEL PREVISTO EN EL ACUERDO PCSJA18-11176 DEL	

	13 DE DICIEMBRE DE 2018, A COSTAS DE LA PARTE INTERESADA, EXPÍDASE POR SECRETARÍA, COPIA AUTENTICA DE LA PRESENTE SENTENCIA CON LA RESPECTIVA CONSTANCIA DE EJECUTORIA Y LAS PRECISIONES DEL ARTÍCULO 114 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, LAS CUALES SE ENTREGARÁN A QUIEN HA VENIDO ACTUANDO COMO APODERADO; SEGUIDAMENTE, ARCHÍVESE EL EXPEDIENTE. **DDE:** BENJAMíN DE JESúS DE LEóN ZAMBRANO **DDO:** NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG - DISTRITO DE BARRANQUILLA - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE BARRANQUILLA RAD: 08001333300320220025000 SENTENCIA DE FECHA 15-11-2023, MEDIANTE LA CUAL SE FALLA: PRIMERO: NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, DE CONFORMIDAD CON LO EXPUESTO EN LA PARTE CONSIDERATIVA DE ESTA PROVIDENCIA. SEGUNDO: SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA. TERCERO: NOTIFÍQUESE A LAS PARTES LA PRESENTE DECISIÓN SEGÚN LO SEÑALADO EN EL ARTÍCULO 203 DEL C.P.A.C.A. CUARTO: EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA, POR SECRETARÍA GENERAL, ARCHÍVESE EL EXPEDIENTE, DE CONFORMIDAD CON LAS TABLAS DE RETENCIÓN DOCUMENTAL APROBADOS POR EL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA JUDICIAL A LA ABOGADA YAHANY GENES SERPA, IDENTIFICADA CON CÉDULA DE CIUDADANÍA NO. 1.063.156.674 Y T.P. 256.137 DEL C.S.J., COMO APODERADA DE LA PARTE DEMANDADA – NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, CONFORME AL PODER Y ANEXOS APORTADOS. **DDE:** JASSON VARGAS ACOSTA **DDO:** NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG - DISTRITO DE BARRANQUILLA - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE BARRANQUILLA RAD: 08001333300520220017200 SENTENCIA DE FECHA 23-11-2023, MEDIANTE LA CUAL SE FALLA: PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA LAS EXCEPCIONES DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA Y CADUCIDAD PROPUESTA POR EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO,	

	CONFORME A LO EXPUESTO EN LA PARTE CONSIDERATIVA. SEGUNDO: DECLARAR, DE OFICIO, PROBADA LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA, CONFORME A LO EXPUESTO EN LA PARTE CONSIDERATIVA. TERCERO: NEGAR LAS SÚPLICAS DE LA DEMANDA, DE CONFORMIDAD CON LO EXPUESTO EN LA PARTE MOTIVA DE ESTE PROVEÍDO.	

Las evidencias de ejecución del presente informe dentro del contrato CD-45-2023-1313, fueron entregadas debidamente a la coordinación mediante al correo electrónico mmolinav@barranquilla.gov.co. contestacionesdemandasbaq02@gmail.com. coordinadorproyectosbaq@gmail.com. y se encuentran cargadas en la plataforma lupa jurídica de acuerdo a lo relacionado en este informe.

Se anexa copia de los soportes de pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, la Ley 1562 de 2012, y las demás normas que reglamentan la materia. En consecuencia, manifiesto que he dado cumplimiento al pago de estos aportes, de acuerdo con lo señalado en la Ley.

Cordialmente

RAINIERO ROBERTO AHUMADA OTERO
8.642.184

Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico
Juzgado Doce Administrativo Oral de Barranquilla

Barranquilla, noviembre 14 de 2023

Radicado	08-001-33-33-012-2022-00215-00
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante	MARIDILLA ROSA RIVERA SILEBI
Demandado	NACION-MINISTERIO DE EDUCACION-FNPSM-DISTRITO DE BARRANQUILLA
Juez	AYDA LUZ CAMPO PERNET

I. Pronunciamiento

Con fundamento en el inciso final del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo procede el Despacho a decidir en primera instancia, en relación con el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, prevista en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, promovida por la señora MARIDILLA ROSA RIVERA SILEBI, a través de apoderado judicial, contra la Nación - Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Distrito de Barranquilla, en los siguientes términos:

II. Antecedentes

2.1. Pretensiones

"1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como BRQ2021EE035319 de fecha 23 de diciembre de 2021, expedido por GIANNY WARFF SAMPER – JEFE DE OFICINA DE GESTION donde niegan el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG y la entidad territorial de D.E.I.P DE BARRANQUILLA, de manera solidaria, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991."

CONDENAS

1. *Condenar a la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FOMAG y la entidad territorial de D.E.I.P DE BARRANQUILLA, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.*

2. *Condenar a la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FOMAG y la entidad territorial de D.E.I.P DE BARRANQUILLA, a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al*

valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superando el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

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

4. *Condenar a la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FOMAG y la entidad territorial de D.E.I.P DE BARRANQUILLA, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectué el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A."*

2.2. Hechos

"PRIMERO: 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.
SEGUNDO: De conformidad con el parágrafo 2° del artículo 15 de la ley 91 de 1989, le asignó competencia al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el pago de la CESANTÍA de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

TERCERO: 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, a la NACIÓN, literalmente, así: (…)

CUARTO: Teniendo de presente estas circunstancias, mi representado, por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, 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 sean canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021.

QUINTO: Al observarse con detenimiento, que la entidad territorial y el MEN, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la FIDUCIARIA LA PREVISORA O EL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, como cuenta especial de la NACION- y ambos término fueron rebasados y por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la Ley.

SEXTO: Con fecha 12 de noviembre de 2021, se 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 expresa mediante el acto administrativo demandado las pretensiones invocadas, situación que conllevó de conformidad con el procedimiento administrativo a adelantar la presente ACCION CONTROL DE NULIDAD Y RETABLECIMIENTO DEL DERECHO, pues las entidades demandadas no quieren reconocer que en ambos aspectos, superan los términos y esta circunstancia tiene consecuencias de orden jurídico hasta que sean corregidos para mi representado (a), como lo tienen legalizado el resto de empleados públicos del país. (…)

2.3 Concepto de la violación

Señala que la sanción por mora se origina por falta de pago o de consignación de las cesantías, traducida en el incumplimiento de una obligación que tiene unos términos estrictos dispuestos por la ley en garantía del trabajador, esto es, consignar las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, de acuerdo con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Precisa que si el empleador no procede a consignar las cesantías dentro del término fijado por el ordenamiento, a partir de ese momento incurre en mora y se hace exigible una sanción, de manera que, son dos las obligaciones, a saber, el pago atribuido a la cesantía constituye la solución al deber prestacional del empleador frente a su empleado, de modo que al producirse hace que se extinga y, ese mismo pago, ante la causación eventual de la moratoria, ocasiona que ésta cese, no que se extinga, como ocurre con la prescripción.

Indicó que cuando el 29 de diciembre de 1989, se creó la sanción moratoria, por virtud del artículo 3 de la Ley 91 del mismo año, el objetivo era que las cesantías de los docentes, que fueran vinculados a partir del 1 de enero de 1990, fueran consignadas de manera anualizada a este fondo por parte del Ministerio de Educación, que para este momento era el patrono de los docentes de la educación pública, situación que se mantuvo hasta la expedición de la Ley 60 de 1993 y ley 1955 de 2019.

Sostuvo que el FOMAG está constituido además de los recursos establecidos en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, del valor de las cesantías retroactivas que adeudaran las entidades territoriales de los docentes vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 y los depósitos que debería realizar el MEN, el 15 de febrero de cada año, para los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990, conforme lo estableció la Ley 50 de 1990.

Recalcó que cuando se expidió la Ley 50 de 1990, esto es, con posterioridad a la Ley 91 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 H. Corte Constitucional C-486 de 2016, SU 098 de 2018, SU 332 de 2019 y SU 041 de 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990, les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactiva a un régimen anualizado, pero también, estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término que no exceda al 15 de febrero de cada año.

Cita criterios jurisprudenciales donde se resaltó que, aunque los jueces administrativos expusieron que la anterior normatividad no era aplicable a los docentes del sector oficial por encontrase cobijado por un régimen especial, pues las normas que remite a las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, estaban excluidos, omitieron realizar una lectura integral de la norma en todo su contexto, precisando que actualmente existe otra mal interpretación de la norma, pues en varios pronunciamientos el Consejo de Estado sobre la sanción moratoria en virtud de la Ley 50 de 1990, establece que aunque en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su decreto reglamentario, se extiende el régimen de liquidación y pago de cesantías a los servidores públicos del nivel territorial, también lo es, que en materia prestacional los docentes que se vincularon con posterioridad al 1 de enero de 1990, se encuentran sometidos a las normas de los empleados públicos del orden nacional, según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Concluye que los fallos del Consejo de Estado ahora admiten que no es que los docentes estén excluidos de la norma, sino que no son destinatarios de la sanción moratoria que se extendió a los servidores públicos del orden territorial porque no cumplen los requisitos de: 1) reunir la condición territorial; 2) ni estar afiliados a un fondo privado administrador de cesantías, desconociendo lo dicho por la Corte Constitucional, que consideró que los empleados públicos que se vinculen a partir de la vigencia del Decreto 1252 de 2000, tienen derecho a las cesantías en los términos establecidos en la Ley 50 de 1990, por lo que

considera que se debe dar aplicación al principio de favorabilidad y aplicar a los docentes la Ley 50 de 1990.

2.4 Contestación de la demanda

2.4.1 Nación-Ministerio de Educación

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

Precisa que, la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, sino 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.

Que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

Que cuando se expidió la Ley 50 de 1990, esto es, con posterioridad a la Ley 91 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 H. Corte Constitucional C-486 de 2016, SU 098 de 2018, SU 332 de 2019 y SU 041 de 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990, se les modificó el régimen de liquidación de cesantías, de retroactivo a un régimen anualizado, pero también, estableció la obligación de consignar las cesantías en un término que no exceda al 15 de febrero de cada año.

Cita criterios jurisprudenciales que resaltan que, los jueces administrativos expusieron que la anterior normatividad no era aplicable a los docentes del sector oficial por encontrase cobijados por un régimen especial y estar excluidos de la aplicación de las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, omitiendo realizar una lectura integral de la norma en todo su contexto, y enfatizan que, actualmente existe una mala interpretación de la norma, pues el Consejo de Estado, en varios pronunciamientos sobre la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, establece que aunque en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su decreto reglamentario, se extiende el régimen de liquidación y pago de cesantías a los servidores públicos del nivel territorial, también lo es, que en materia prestacional los docentes que se vincularon con posterioridad al 1 de enero de 1990, se encuentran sometidos a las normas de los empleados públicos del orden nacional, según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

2.4.2 Distrito de Barranquilla

Precisó que no existe vulneración alguna a los artículos 53 de la Constitución Política; 99 de la Ley 50 de 1990; 13 de la Ley 344 de 1996 y 1º del Decreto 1582 de 1998, puesto que el ente territorial actuó conforme al marco jurídico que fija la ley para el reconocimiento de las cesantías anualizadas y el pago de los intereses a que tienen derecho los docentes, siendo la fiduprevisora S.A., la entidad obligada a pagar dichas prestaciones.

Señaló también que la actora fue vinculada a la planta de personal docente y directivo docente e incorporada al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio respetándosele el régimen prestacional legal vigente para la época de vinculación.

Que el régimen prestacional aplicable a los docentes incorporados a las plantas de personal docente departamentales o distritales o municipales es el establecido por la Ley 91 de 1989, y las normas que la complementan siendo que le es inaplicable la sanción moratoria contemplada en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

2.5 Actuación procesal

La demanda fue recibida por este Despacho judicial el 24 de agosto de 2022[1]. Tras impedimento manifestado y su declaratoria de infundado, se admitió la demanda el 29 de mayo de 2023[2]. Se notificó a las demandadas mediante correo electrónico de mayo 30 de 2023[3]. A través de correo del 28 de junio de 2023, la Nación-Ministerio de Educación-FOMAG, contestó la demanda[4] y el Distrito de Barranquilla hizo lo propio con correo del 14 de julio de 2023[5]. Tramitadas las excepciones con auto del 25 de octubre de 2023[6] se prescindió de la audiencia inicial y se corrió traslado para alegar de conclusión. Las demandadas presentaron sus alegatos, como obra en los archivos 18 y 19 del expediente.

III. CONTROL DE LEGALIDAD

Constatado lo actuado dentro del expediente, observa el Despacho que no existen vicios que impliquen una declaratoria de nulidad, por lo cual es procedente proferir sentencia.

IV. PRUEBAS

Se allegaron al proceso, los siguientes medios de prueba que se consideran relevantes para resolver el presente asunto:

1. Constancia de envío de la reclamación de la actora con fecha 12 de noviembre de 2021 y radicado bajo N° BRQ2021ER041254[7].
2. Escrito o petición presentada por la actora solicitando la sanción moratoria.[8]
3. Copia del Oficio de fecha 23 de diciembre de 2021, se dio respuesta a la petición anterior siendo radicada bajo el N° BRQ2021EE035319.[9]
4. Extracto de intereses a las cesantías[10].

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El problema jurídico que la presente *Litis* entraña, se concreta a establecer, si la demandante, tiene derecho al reconocimiento y pago de una indemnización moratoria, por la no consignación de sus cesantías correspondientes a la vigencia 2020, de conformidad con lo previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, así como, a la sanción generada por el pago extemporáneo de los intereses sobre las cesantías de la anualidad mencionada, o si por el contrario, como lo sostienen las entidades demandadas, el régimen de cesantías e intereses

[1] Archivo 01, folio 310 del expediente.
[2] Archivo 6 del expediente.
[3] Archivo 8 del expediente.
[4] Archivo 9
[5] Archivo 10
[6] Archivo 12
[7] Archivo 01, folios 40 del expediente.
[8] archivo 01, fl 41 a 43
[9] Archivo 01 folios 45 y 46 del expediente.
[10] Archivo 01, folios 50 y 51 del expediente.

de las cesantías regulado en la Ley 50 de 1990, no le es aplicable a la demandante, dado que, al estar afiliada al FOMAG goza de un régimen especial.

Para responder el problema jurídico planteado, se analizará el material probatorio acopiado, la normatividad aplicable al caso, así como, jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional expedida sobre la materia.

Sea lo primero señalar que por medio de la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en adelante FOMAG, y se regularon las prestaciones sociales de los docentes, estableciendo dicho cuerpo normativo en el artículo 15, numeral 3, en punto al auxilio de cesantías, lo siguiente:

> *"…3. Cesantías:*
>
> *A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.*
>
> *B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1° de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional."*

Por su parte, la Ley 50 de 1990, previó en su artículo 99, la forma de liquidar las cesantías, para los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo, así:

> *"Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:*
>
> *1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.*
>
> *2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.*
>
> *3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo. (…)*

Posteriormente se expidió la Ley 344 de 1996, dispuso:

> *"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".*

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

*"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."*

Ahora bien, al artículo 3 del Decreto 1919 de 2002, estableció que los empleados públicos a quienes se les aplique el régimen de retroactividad de cesantías continuarían disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000.

En este orden de ideas, para el cuerpo docente oficial aplica el régimen anualizado de cesantías, que de conformidad al artículo 15 de la Ley 91 de 1989, cobija a los docentes nacionales y a los que se vinculen a partir del 10 de enero de 1990, cuyas prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, en tanto que, los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantienen el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

A ese respecto, el Decreto 3752 de 2003, dispuso:

> *"ARTÍCULO 1°. - Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4° y 5° del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.*
>
> *Parágrafo 1°. - La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (…)"*

Y en el parágrafo del artículo 2 *ibídem* preceptuó, cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la Ley:

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

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

En el mismo sentido, el artículo 15 del mismo cuerpo normativo, reguló lo concerniente a los docentes nacionalizados, nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990.

Por otro lado, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, estableció:

"Artículo 6º.- Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales. (…)

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

Las sumas por concepto de provisiones y aportes para la atención del pago de las prestaciones del personal docente del orden territorial a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán giradas al mismo por las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley. El valor actuarial del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deban trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se determinará, para estos efectos, con base en la liquidación que se realice con cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos.

El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992…"

Por su parte, el Decreto 196 de 1995, "*por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones*", preceptúa:

"…ARTÍCULO 3º. Los docentes nacionales y nacionalizados a que se refiere el artículo 6o. de la Ley 60 de 1993 que se incorporen a las plantas departamentales o distritales, seguirán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los términos de la Ley 91 de 1989 y los Decretos Reglamentarios 1775 y 2563 de 1990, 2129 de 1991 y las disposiciones que los modifiquen o sustituyan.

ARTÍCULO 4º.- Los docentes departamentales y municipales financiados o cofinanciados por la Nación-Ministerio de Educación Nacional mediante convenios, serán afiliados o Incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el régimen de la Ley 91 de 1989 y sus Decretos reglamentarios 1775 y 2563 de 1990 o de las disposiciones que modifiquen el régimen indicado, previo el cumplimiento de los requisitos económicos y formales establecidos para el efecto. (…)

Las prestaciones sociales de los docentes financiados y cofinanciados serán de cargo de la respectiva entidad territorial y los recursos para su cancelación se regirán por lo que disponga el correspondiente convenio de financiación o de cofinanciación. Las entidades territoriales, las cajas de previsión o las entidades que hagan sus veces, girarán directamente los recursos al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio. (…)

Artículo 5º.- Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. (…)

Los docentes que se vinculen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con posterioridad a la incorporación de que trata el inciso inmediatamente anterior, deberán cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica y se afiliarán con sujeción al régimen establecido en la Ley 91 de 1989, en sus decretos reglamentarios y en las disposiciones que los modifiquen adicionen o sustituyan."

Ahora bien, sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la jurisprudencia del Consejo de Estado, venia fluctuando entre la tesis de la no aplicación a los docentes de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, prevista en la Ley 50 de 1990 y la concesión del derecho, aplicando el principio de favorabilidad, tal como se observa en el cuadro inserto a continuación:

POSICIONES EN CONTRA DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 50 DE 1990 PARA EL PERSONAL DOCENTE	**MOTIVO DE LA DECISIÓN**
• Consejo de Estado, Sentencia del 14 de junio de 2018 (08001-23-33-000-2013-00831-01(3583-15). • Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección B. CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia de fecha 16 de agosto de 2018. Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00228-01(2092-16). • Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección B, sentencia de 24 de agosto de 2018, expediente 08001-23-33-000-2014-00174-01, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez.	Los docentes nacionales o vinculados a partir del 01 de enero de 1990, no son beneficiarios de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías, prevista en las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, ya que aquella solamente cobija a los servidores públicos del nivel territorial **vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando se hubieran afiliado a un fondo privado de cesantías.**
POSICIONES A FAVOR DE LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA PARA EL PERSONAL DOCENTE	**MOTIVO DE LA DECISIÓN**
• Consejo de Estado, sentencia del 17 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04617-01, Sección Tercera. • Consejo de Estado, sentencia del 28 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04679-01, Sección Primera, MP Roberto Serrato Valdés. • Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 2 de diciembre de 2019, expediente 08001233300020140018401, MP Rafael Francisco Suarez Vargas. • Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, sentencia de 22 de octubre de 2020, expediente 08001-	***Ratio decidendi.*** *"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".* En estas providencias, pese a concluir el Consejo de Estado que procede para los docentes oficiales el reconocimiento de la

23-31-000-2014-00254-01(4960-17), CP: William Hernández Gómez. • Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". Consejero Ponente: William Hernández. Sentencia de 10 de junio de 2021. 08001-23-33-000-2014-01612-01(1495-18). • Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección A, sentencia 11 de noviembre de 2021, expediente 08001-23-33-000-2014-90022-01(5154-16), C.P. Gabriel Valbuena Hernández; • Consejo de Estado -Sección Segunda- Subsección A, sentencia de 20 de enero de 2022, expediente N°. 08001-23-33-000-2017-00931-01 (1001-2021), C.P. Gabriel Valbuena Hernández; • Consejo de Estado, Sección Segunda -Subsección A, sentencia de 3 de marzo de 2022, expediente N°. 08-001-23-33-000-2015-00075-01 (2660-2020), C.P. William Hernández Gómez; • Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 9 de mayo de 2022, proferida dentro del proceso 08001-23-33-000-2017- 00795-01 (2659-2020) C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas; • Consejo de Estado, Sección Segunda -Subsección B, Sentencia de 1° de julio de 2022, expediente N°47001233300020160048501 (3153-2021) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. • Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 47001 23 33 000 2018 00235 01 (1738-2020), CP. RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS,	sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías, se declaró la prescripción del derecho.

Es así que, no existía una posición del máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso administrativo que pudiera elevarse a la categoría de precedente para la resolución de estos casos, y en ese orden de ideas, en los despachos judiciales, en ejercicio de la autonomía, se venía adoptando posición respecto a la viabilidad de acceder al reconocimiento de la indemnización moratoria solicitada.

Con todo, la Sala Plena del Consejo de Estado, el 11 de octubre de 2023, dentro del expediente 66001-33-33-001-2022-00016-01 (5746-2022), unificó su jurisprudencia, en punto del derecho de los docentes afiliados al FOMAG, al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías con posterioridad al 15 de febrero y a la sanción por el pago extemporáneo de los intereses sobre las cesantías, fijando la siguiente regla jurisprudencial:

"… 2.4.4. Regla jurisprudencial

156. De acuerdo con todo lo expuesto en precedencia, se establece que las leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, así como sus decretos reglamentarios no extendieron la sanción moratoria causada por la falta de consignación del auxilio de cesantías a los docentes afiliados al FOMAG y regulados por la Ley 91 de 1989 y, en todo caso, es incompatible con el sistema que prevé la sanción moratoria por la consignación tardía del auxilio en las AFP, comoquiera que se trata de un sistema especial que establece unas normas acordes con su funcionamiento.

157. Sin embargo, en el evento en que la entidad territorial haya omitido afiliarlo al FOMAG el docente estatal no se beneficiaría de aquellas, entre ellas, el reconocimiento de los intereses

a las cesantías sobre el saldo total, en la medida en que este no existiría, de modo que le reportaría mayor utilidad las garantías de la Ley 50 de 1990 con fundamento en el cual tendría derecho a la sanción moratoria derivada del incumplimiento del empleador.

158. En ese sentido, la regla de unificación jurisprudencial es la siguiente: 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, como quiera 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.

159. En definitiva, la afiliación del docente oficial será el factor determinante para establecer si hay lugar o no a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que a los no afiliados se les debe garantizar una mínima derivada del sistema general de liquidación anualizada de la prestación económica.

160. Con todo, es conveniente aclarar que es cierto que algunos de los integrantes de la Sección Segunda, Subsecciones A y B, a partir del 2019, suscribieron providencias en las que se adoptaron tesis distintas sustentadas en el precedente contenido en la sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional, en relación con el derecho de los docentes afiliados al FOMAG a ser beneficiarios de la sanción moratoria regulada por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por el retardo en la consignación del auxilio de cesantías, tal y como se expuso en el auto del 24 de agosto de 2023, por el cual la Sección avocó conocimiento del asunto.

161. Sin embargo, el nuevo pronunciamiento de la Corte emitido en la sentencia SU573 de 2019 y la revisión de los supuestos jurídicos relevantes en la materia llevan a la Sala a unificar su criterio en la presente sentencia y a acoger la regla de interpretación aquí definida. Es así, por cuanto el análisis detallado, lógico y razonado de los sistemas administrados por FOMAG y por las AFP permite concluir que el primero resulta incompatible con la sanción moratoria por la falta de consignación oportuna de las cesantías…"

Asimismo, en la citada sentencia unificatoria, artículo cuarto, se dispuso: "Advertir a la comunidad en general que la presente decisión es de aplicación inmediata a todos los procesos que se encuentren en curso y en los que se pretenda la aplicación de la normativa que fue objeto de interpretación, de manera que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con el tema objeto de unificación constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial."

Bajo el prisma de la decisión unificadora traída a colación, procede este despacho a analizar el caso concreto.

5.1. Caso concreto

Está probado, que la señora MARIDILLA ROSA RIVERA SILEBI, es docente adscrita a la planta de personal del Distrito de Barranquilla[11] y se encuentra afiliada al FOMAG[12].

También se acredita, que el 12 de noviembre de 2021, presentó petición ante la Secretaría de Educación Distrital y el Ministerio de Educación Nacional, solicitando el reconocimiento y pago

[11] Archivo 15, fls 10.
[12] Archivo 01, fl 50 Y 51

de la indemnización moratoria derivada de la no consignación oportuna de sus cesantías anuales, conforme a lo contemplado en la Ley 50 de 1990[13].

Que mediante acto administrativo identificado con el N° BRQ2021EE035319 de diciembre 23 de 2021, el Distrito de Barranquilla, le negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a la demandante[14].

Establecidos los fundamentos facticos probados dentro del presente proceso, se tiene que, al ser la demandante una docente afiliada al FOMAG, le es aplicable la regla de unificación jurisprudencial fijada por el Consejo de Estado, y en cuya virtud, "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."

Asimismo, en lo que respecta a la indemnización por pago tardío de intereses, conforme al artículo 4 del Acuerdo 39 de 1998, se tiene que la sentencia de unificación[15] antes reseñada, señaló:

> *"…181. Así, la Ley 52 de 1975 integrada por tres artículos, estipuló el reconocimiento de intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares a partir del 1 de enero de 1976. Su cuantía es del 12% anual sobre los saldos que tenga a su favor a 31 de diciembre de cada año, o a la fecha de retiro de aquel o de la liquidación parcial de dicha prestación social (artículo 1, numeral 1). Este porcentaje fue el mismo que acogió el artículo 99, numeral 3, de la Ley 50 de 1990 para sus beneficiarios, así como el plazo para su pago, según el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 1176 de 1991, que reglamentó la anterior.*
>
> *182. La consecuencia derivada del incumplimiento de esta obligación por parte del empleador es la de pagar una «suma adicional igual a dichos intereses» a título de indemnización por cada vez que incumpla, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes (artículo 5 del Decreto 116 de 1976).*
>
> *183. Sobre la sanción en mención y su extensión al sector público, el Consejo de Estado sostuvo que «[…] por expreso mandato del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, solo son beneficiarios los trabajadores a quienes se apliquen las normas del Código Sustantivo de Trabajo relacionadas con el auxilio de cesantías»*
>
> *184. Ahora bien, en el caso específico de los docentes oficiales, la Corte Constitucional en la sentencia C-928 de 2006 determinó que la divergencia en cuanto al manejo de los intereses a las cesantías y específicamente, el que no se haya señalado esa consecuencia pecuniaria, se ajusta a la Constitución Política, en atención a que el sistema de cesantías del sector privado es diferente del de los educadores estatales regulado por la Ley 91 de 1989.*
>
> *…**188. En esas condiciones, es razonable concluir que a 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 consiguiente, no es procedente aplicar al personal docente afiliado al FOMAG, lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, por cuanto, la normatividad especial que los

[13] Archivo 001, fl 40
[14] Archivo 01 folios 45 y 46 del expediente.
[15] Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, sentencia del 11 de octubre de 2023, expediente 66001-33-33-001-2022-00016-01 (5746-2022), Sala Plena.

rige, establece las condiciones específicas en las que se causa la mora en la consignación de los intereses de las cesantías de estos servidores.

Recapitulando, se negarán las pretensiones, teniendo en consideración los argumentos que respecto a pretensiones como las que son materia de esta demanda, esbozó la Sala Plena del Máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia unificadora del 11 de octubre de 2023, proferida dentro del expediente 66001-33-33-001-2022-00016-01 (5746-2022), tal como lo establece el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011.

No habrá lugar a condenar en costas a la parte vencida, por cuanto no se evidencia que se hubiesen causado las mismas, conforme al artículo 365 numeral 8 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa que hace el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Doce Administrativo Oral de Barranquilla, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1. NEGAR las pretensiones de la demanda formulada por la señora MARIDILLA ROSA RIVERA SILEBI.

2. Sin costas.

3. Ejecutoriada la presente decisión y previa acreditación del pago del arancel previsto en el Acuerdo PCSJA18-11176 del 13 de diciembre de 2018, a costas de la parte interesada, EXPÍDASE por Secretaría, copia autentica de la presente sentencia con la respectiva constancia de ejecutoria y las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso, las cuales se entregarán a quien ha venido actuando como apoderado; seguidamente, archívese el expediente.



08001333301220220021500

Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico
Juzgado Doce Administrativo Oral de Barranquilla

Barranquilla, noviembre 14 de 2023

Radicado	08-001-33-33-012-2022-00324-00
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante	LUZ MARINA LEMUS OTERO
Demandado	NACION-MINISTERIO DE EDUCACION-FOMAG-DISTRITO DE BARRANQUILLA
Juez	AYDA LUZ CAMPO PERNET

I. Pronunciamiento

Con fundamento en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, se procede a decidir en primera instancia, en relación con la demanda promovida por la señora LUZ MARINA LEMUS OTERO, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, prevista en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, contra la Nación - Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Distrito De Barranquilla.

II. Antecedentes

2.1. Pretensiones

"1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como BRQ2022EE008801 de fecha 6 de abril de 2022, expedido por GIANNY WARFF SAMPER – JEFE DE OFICINA DE GESTION donde niegan el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG y la entidad territorial de D.E.I.P DE BARRANQUILLA, de manera solidaria, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991."

CONDENAS

1. *Condenar a la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FOMAG y la entidad territorial de D.E.I.P de Barranquilla, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.*

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

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

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

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

6. *Condenar en costas a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG y a la entidad territorial de D.E.I.P DE BARRANQUILLA de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.*

2.2. Hechos

"PRIMERO: 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.

SEGUNDO: De conformidad con el parágrafo 2° del artículo 15 de la ley 91 de 1989, le asignó competencia al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el pago de la CESANTÍA de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

TERCERO: 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, a la NACION, literalmente, así: (…)

CUARTO: Teniendo de presente estas circunstancias, mi representado, por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, 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 sean canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021.

QUINTO: Al observarse con detenimiento, que la entidad territorial y el MEN, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la FIDUCIARIA LA PREVISORA O EL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, como cuenta especial de la NACION- y ambos término fueron rebasados y por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la Ley.

SEXTO: Con fecha 01 de marzo de 2022, se 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 expresa mediante el acto administrativo demandado las pretensiones invocadas, situación que conllevó de conformidad con el procedimiento administrativo a adelantar la presente ACCION CONTROL DE NULIDAD Y RETABLECIMIENTO

DEL DERECHO, pues las entidades demandadas no quieren reconocer que en ambos aspectos, superan los términos y esta circunstancia tiene consecuencias de orden jurídico hasta que sean corregidos para mi representado (a), como lo tienen legalizado el resto de empleados públicos del país. (…)

2.3 Concepto de violación

Señala que la sanción por mora se origina por falta de pago o de consignación de las cesantías, traducida en el incumplimiento de una obligación que tiene unos términos estrictos dispuestos por la ley en garantía del trabajador, esto es, consignar las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, de acuerdo con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Precisa que si el empleador no procede a consignar las cesantías dentro del término fijado por el ordenamiento, a partir de ese momento incurre en mora y se hace exigible una sanción, de manera que, son dos las obligaciones, a saber, el pago atribuido a la cesantía constituye la solución al deber prestacional del empleador frente a su empleado, de modo que al producirse hace que se extinga y, ese mismo pago, ante la causación eventual de la moratoria, ocasiona que ésta cese, no que se extinga, como ocurre con la prescripción.

Indicó que cuando el 29 de diciembre de 1989, se creó la sanción moratoria, por virtud del artículo 3 de la Ley 91 del mismo año, el objetivo era que las cesantías de los docentes, que fueran vinculados a partir del 1 de enero de 1990, fueran consignadas de manera anualizada a este fondo por parte del Ministerio de Educación, que para este momento era el patrono de los docentes de la educación pública, situación que se mantuvo hasta al expedición de la Ley 60 de 1993 y ley 1955 de 2019.

Sostuvo que el FOMAG está constituido además de los recursos establecidos en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, del valor de las cesantías retroactivas que adeudaran las entidades territoriales de los docentes vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 y los depósitos que debería realizar el MEN, el 15 de febrero de cada año, para los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990, conforme lo estableció la Ley 50 de 1990.

Recalcó que cuando se expidió la Ley 50 de 1990, esto es, con posterioridad a la Ley 91 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 H. Corte Constitucional C-486 de 2016, SU 098 de 2018, SU 332 de 2019 y SU 041 de 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990, les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactiva a un régimen anualizado, pero también, estableció una obligación de la consignación de sus cesantías en un término que no exceda al 15 de febrero de cada año.

Cita sentencias del Consejo de criterios jurisprudenciales donde se resaltó que, aunque los jueces administrativos expusieron que la anterior normatividad no era aplicable a los docentes del sector oficial por encontrase cobijado por un régimen especial, pues las normas que remite a las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, estaban excluidos, omitieron realizar una lectura integral de la norma en todo su contexto, precisando que actualmente existe otra mal interpretación de la norma, pues en varios pronunciamientos el Consejo de Estado sobre la sanción moratoria en virtud de la Ley 50 de 1990, establece que aunque en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su decreto reglamentario, se extiende el régimen de liquidación y pago de cesantías a los servidores públicos del nivel territorial, también lo es, que en materia prestacional los docentes que se vincularon con posterioridad al 1 de enero de 1990, se encuentran sometidos a las normas de los empleados públicos del orden nacional, según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Concluye que los fallos del Consejo de Estado ahora admiten que no es que los docentes estén excluidos de la norma, sino que no son destinatarios de la sanción moratoria que se extendió a los servidores públicos del orden territorial porque no cumplen los requisitos de: 1) reunir la condición territorial; 2) ni estar afiliados a un fondo privado administrador de cesantías, desconociendo lo dicho por la Corte Constitucional, que consideró que los empleados públicos que se vinculen a partir de la vigencia del Decreto 1252 de 2000, tienen derecho a las cesantías en los términos establecidos en la Ley 50 de 1990, por lo que

considera que se debe dar aplicación al principio de favorabilidad y aplicar a los docentes la Ley 50 de 1990.

2.4. Contestación de la demanda

2.4.1. Ministerio de Educación

Señala que a los docentes no les es aplicable la Ley 50 de 1990, ya que estos no ostentan la calidad de trabajadores privados, además que son destinatarios del régimen de liquidación y pago de las cesantías contemplados 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 fondos privados de cesantías, circunstancia que no es aplicable a los docentes vinculados al régimen especial docente.

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

Precisa que, la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, sino 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.

Que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

Que cuando se expidió la Ley 50 de 1990, esto es, con posterioridad a la Ley 91 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 H. Corte Constitucional C-486 de 2016, SU 098 de 2018, SU 332 de 2019 y SU 041 de 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990, se les modificó el régimen de liquidación de cesantías, de retroactivo a un régimen anualizado, pero también, estableció la obligación de consignar las cesantías en un término que no exceda al 15 de febrero de cada año.

De conformidad con lo expuesto, es claro que se trata no solo de dos regímenes completamente disimiles tanto en la liquidación como en la forma de pago, sino que además cada una de ellas tiene destinatarios distintos, pues se itera, la ley 50 de 1990 prevé su aplicación a los servidores públicos del nivel territorial afiliados a un fondo privado de cesantías y los docentes son empleados públicos del orden nacional afiliados por disposición legal única y exclusivamente a la cuenta especial de la Nación, mientras que los trabajadores particulares tienen derecho a escoger libremente el fondo de cesantías que mayor rentabilidad pueda generar a la administración de las mismas.

Cita criterios jurisprudenciales que resaltan que, los jueces administrativos expusieron que la anterior normatividad no era aplicable a los docentes del sector oficial por encontrase cobijados por un régimen especial y estar excluidos de la aplicación de las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, omitiendo realizar una lectura integral de la norma en todo su contexto, y enfatizan que, actualmente existe una mala interpretación de la norma, pues el Consejo de Estado, en varios pronunciamientos sobre la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, establece que aunque en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su decreto reglamentario, se extiende el régimen de liquidación y pago de cesantías a los servidores públicos del nivel territorial, también lo es, que en materia prestacional los docentes que se vincularon con posterioridad al 1 de enero de 1990, se encuentran sometidos a las normas

de los empleados públicos del orden nacional, según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

2.4.2. Distrito de Barranquilla

Precisó que no se halla vulneración alguna a los artículos 53 de la Constitución Política; 99 de la Ley 50 de 1990; 13 de la Ley 344 de 1996 y 1º del Decreto 1582 de 1998, puesto que el Ente territorial actuó conforme al marco jurídico que fija la ley para el reconocimiento de las cesantías anualizadas y el pago de los intereses a que tienen derecho los docentes, siendo la fiduprevisora S.A., la entidad obligada a pagar dichas prestaciones.

Señaló también que, la actora fue vinculada a la planta de personal docente en el año 2007 y directivo docente e incorporada al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio desde su vinculación e incorporación respetándosele el régimen prestacional legal vigente para la época de vinculación, en cumplimiento de los Decretos 1252 de 2000 y 3752 de 2003, 196 de 1995, resultando ineficaz la pretensión de pago de la sanción moratoria.

Que el régimen especial de cesantías al que hace parte no contempla dicha sanción y así mismo, las normas que efectúan la remisión a la Ley 50 de 1990 no señalan, expresamente, la aplicación de la sanción moratoria por falta de afiliación y pago de las cesantías a estos trabajadores.

2.5 Actuación procesal

La demanda fue repartida el 09 de noviembre de 2022[1], previo trámite de declaración de impedimento que se declaró infundado, fue admitida mediante auto de fecha 19 de julio de 2023[2]. Notificada a las demandadas mediante correo de julio 21 de 2023[3]. A través de correos de 24 de agosto de 2023 y septiembre 05 de 2023[4], las demandadas contestaron la demanda. Tramitadas las excepciones, con auto de fecha 24 de octubre 2023[5], se corrió traslado para alegar conclusión.

III. CONTROL DE LEGALIDAD

Constatado lo actuado en el proceso, no se observan vicios que impliquen una declaratoria de nulidad dentro del presente proceso, siendo procedente proferir sentencia.

IV. PRUEBAS

1. Reclamación administrativa fechada 01 de marzo de 2022, por medio de la cual, la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías acorde con la Ley 50 de 1990 e indemnización por el pago tardío de los intereses de cesantías, siendo radicada bajo el N° BRQ2022ER007796.[6]

2. Extracto de Intereses a las cesantías[7].

3. Copia del Oficio N° BRQ2022EE008801 de fecha 06 de abril de 2022, expedida por el Distrito de Barranquilla.[8]

[1] Archivo 01, folio 312 del expediente.
[2] Archivo 5 del expediente.
[3] Archivo 7 del expediente.
[4] Archivo 8 y 9 del expediente.
[5] Archivo 14 del expediente.
[6] Archivo 01, folios 41 a 44 del expediente.
[7] Archivo 01, folios 49 y 50 del expediente.
[8] Archivo 01 folios 46-47 del expediente.

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El problema jurídico a dilucidar se concreta a establecer si la señora LUZ MARINA LEMUS OTERO, tiene derecho al reconocimiento y pago de una indemnización moratoria por la no consignación de sus cesantías correspondientes a la vigencia 2020, de conformidad con lo previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, así como, a la sanción generada por el pago extemporáneo de los intereses sobre las cesantías de la anualidad mencionada, o si por el contrario, como lo sostienen las entidades demandadas, la normatividad en materia de cesantías e intereses de las cesantías regulado en la Ley 50 de 1990, no le es aplicable al docente demandante, pues, por estar afiliado al FOMAG goza de un régimen especial.

Para responder el problema jurídico planteado, se analizará el material probatorio acopiado, la normatividad aplicable al caso, así como, jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional expedida sobre la materia.

Sea lo primero señalar que por medio de la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en adelante FOMAG, y se regularon las prestaciones sociales de los docentes, estableciendo dicho cuerpo normativo en el artículo 15, numeral 3, en punto al auxilio de cesantías, lo siguiente:

> *"…3. Cesantías:*
>
> *A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.*
>
> *B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1° de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional."*

Por su parte, la Ley 50 de 1990, previó en su artículo 99, la forma de liquidar las cesantías, para los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo, así:

> *"Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:*
>
> *1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.*
>
> *2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.*
>
> *3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo. (…)*

Posteriormente se expidió la Ley 344 de 1996, dispuso:

> *"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".*

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

"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."*

Ahora bien, al artículo 3 del Decreto 1919 de 2002, estableció que los empleados públicos a quienes se les aplique el régimen de retroactividad de cesantías continuarían disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000.

En este orden de ideas, para el cuerpo docente oficial aplica el régimen anualizado de cesantías, que de conformidad al artículo 15 de la Ley 91 de 1989, cobija a los docentes nacionales y a los que se vinculen a partir del 10 de enero de 1990, cuyas prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, en tanto que, los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantienen el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

A ese respecto, el Decreto 3752 de 2003, dispuso:

> *"ARTÍCULO 1°. - Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4° y 5° del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.*
>
> *Parágrafo 1°. - La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (…)"*

Y en el parágrafo del artículo 2 *ibídem* preceptuó, cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la Ley:

> *"Parágrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*
>
> *Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975".*

En el mismo sentido, el artículo 15 del mismo cuerpo normativo, reguló lo concerniente a los docentes nacionalizados, nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990.

Por otro lado, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, estableció:

"Artículo 6º.- Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales. (…)

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

Las sumas por concepto de provisiones y aportes para la atención del pago de las prestaciones del personal docente del orden territorial a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán giradas al mismo por las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley. El valor actuarial del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deban trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se determinará, para estos efectos, con base en la liquidación que se realice con cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos.

El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992…"

Por su parte, el Decreto 196 de 1995, "*por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones*", preceptúa:

"…ARTÍCULO 3º. Los docentes nacionales y nacionalizados a que se refiere el artículo 6o. de la Ley 60 de 1993 que se incorporen a las plantas departamentales o distritales, seguirán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los términos de la Ley 91 de 1989 y los Decretos Reglamentarios 1775 y 2563 de 1990, 2129 de 1991 y las disposiciones que los modifiquen o sustituyan.

ARTÍCULO 4º.- Los docentes departamentales y municipales financiados o cofinanciados por la Nación-Ministerio de Educación Nacional mediante convenios, serán afiliados o Incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el régimen de la Ley 91 de 1989 y sus Decretos reglamentarios 1775 y 2563 de 1990 o de las disposiciones que modifiquen el régimen indicado, previo el cumplimiento de los requisitos económicos y formales establecidos para el efecto. (…)

Las prestaciones sociales de los docentes financiados y cofinanciados serán de cargo de la respectiva entidad territorial y los recursos para su cancelación se regirán por lo que disponga el correspondiente convenio de financiación o de cofinanciación. Las entidades territoriales, las cajas de previsión o las entidades que hagan sus veces, girarán directamente los recursos al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio. (…)

Artículo 5º.- Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos

económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. (…)

Los docentes que se vinculen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con posterioridad a la incorporación de que trata el inciso inmediatamente anterior, deberán cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica y se afiliarán con sujeción al régimen establecido en la Ley 91 de 1989, en sus decretos reglamentarios y en las disposiciones que los modifiquen adicionen o sustituyan."

Ahora bien, sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la jurisprudencia del Consejo de Estado, venia fluctuando entre la tesis de la no aplicación a los docentes de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, prevista en la Ley 50 de 1990 y la concesión del derecho, aplicando el principio de favorabilidad, tal como se observa en el cuadro inserto a continuación:

POSICIONES EN CONTRA DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 50 DE 1990 PARA EL PERSONAL DOCENTE	MOTIVO DE LA DECISIÓN
• Consejo de Estado, Sentencia del 14 de junio de 2018 (08001-23-33-000-2013-00831-01(3583-15). • Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección B. CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia de fecha 16 de agosto de 2018. Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00228-01(2092-16). • Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección B, sentencia de 24 de agosto de 2018, expediente 08001-23-33-000-2014-00174-01, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez.	Los docentes nacionales o vinculados a partir del 01 de enero de 1990, no son beneficiarios de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías, prevista en las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, ya que aquella solamente cobija a los servidores públicos del nivel territorial **vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando se hubieran afiliado a un fondo privado de cesantías.**
POSICIONES A FAVOR DE LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA PARA EL PERSONAL DOCENTE	**MOTIVO DE LA DECISIÓN**
• Consejo de Estado, sentencia del 17 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04617-01, Sección Tercera. • Consejo de Estado, sentencia del 28 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04679-01, Sección Primera, MP Roberto Serrato Valdés. • Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 2 de diciembre de 2019, expediente 08001233300020140018401, MP Rafael Francisco Suarez Vargas. • Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, sentencia de 22 de octubre de 2020, expediente 08001-23-31-000-2014-00254-01(4960-17), CP: William Hernández Gómez. • Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". Consejero Ponente: William Hernández. Sentencia de 10 de junio de 2021. 08001-23-33-000-2014-01612-01(1495-18). • Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección A, sentencia 11 de noviembre de 2021, expediente 08001-23-33-000-2014-90022-01(5154-16), C.P. Gabriel Valbuena Hernández; • Consejo de Estado -Sección Segunda- Subsección A, sentencia de 20 de enero de 2022, expediente N°. 08001-23-33-000-2017-00931-01 (1001-2021), C.P. Gabriel Valbuena Hernández; • Consejo de Estado, Sección Segunda -Subsección A, sentencia de 3 de marzo de 2022, expediente N°. 08-001-23-33-000-2015-00075-01 (2660-2020), C.P. William Hernández Gómez; • Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 9 de mayo de 2022, proferida dentro del proceso 08001-23-33-000-2017- 00795-01 (2659-2020) C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas; • Consejo de Estado, Sección Segunda -Subsección B, Sentencia de 1° de julio de 2022, expediente N°47001233300020160048501 (3153-2021) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. • Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 47001 23 33 000 2018 00235 01 (1738-2020), CP. RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS,	***Ratio decidendi.*** *"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".* En estas providencias, pese a concluir el Consejo de Estado que procede para los docentes oficiales el reconocimiento de la sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías, se declaró la prescripción del derecho.

Es así que, no existía una posición del máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso administrativo que pudiera elevarse a la categoría de precedente para la resolución de estos casos, y en ese orden de ideas, en los despachos judiciales, en ejercicio de la autonomía, se venía adoptando posición respecto a la viabilidad de acceder al reconocimiento de la indemnización moratoria solicitada.

Con todo, la Sala Plena del Consejo de Estado, el 11 de octubre de 2023, dentro del expediente 66001-33-33-001-2022-00016-01 (5746-2022), unificó su jurisprudencia, en punto del derecho de los docentes afiliados al FOMAG, al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías con posterioridad al 15 de febrero y a la sanción por el pago extemporáneo de los intereses sobre las cesantías, fijando la siguiente regla jurisprudencial:

"… 2.4.4. Regla jurisprudencial

156. De acuerdo con todo lo expuesto en precedencia, se establece que las leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, así como sus decretos reglamentarios no extendieron la sanción moratoria causada por la falta de consignación del auxilio de cesantías a los docentes afiliados al FOMAG y regulados por la Ley 91 de 1989 y, en todo caso, es incompatible con el sistema que prevé la sanción moratoria por la consignación tardía del auxilio en las AFP, comoquiera que se trata de un sistema especial que establece unas normas acordes con su funcionamiento.

157. Sin embargo, en el evento en que la entidad territorial haya omitido afiliarlo al FOMAG el docente estatal no se beneficiaría de aquellas, entre ellas, el reconocimiento de los intereses a las cesantías sobre el saldo total, en la medida en que este no existiría, de modo que le reportaría mayor utilidad las garantías de la Ley 50 de 1990 con fundamento en el cual tendría derecho a la sanción moratoria derivada del incumplimiento del empleador.

158. En ese sentido, la regla de unificación jurisprudencial es la siguiente: 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, como quiera 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.

159. En definitiva, la afiliación del docente oficial será el factor determinante para establecer si hay lugar o no a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que a los no afiliados se les debe garantizar una mínima derivada del sistema general de liquidación anualizada de la prestación económica.

160. Con todo, es conveniente aclarar que es cierto que algunos de los integrantes de la Sección Segunda, Subsecciones A y B, a partir del 2019, suscribieron providencias en las que se adoptaron tesis distintas sustentadas en el precedente contenido en la sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional, en relación con el derecho de los docentes afiliados al FOMAG a ser beneficiarios de la sanción moratoria regulada por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por el retardo en la consignación del auxilio de cesantías, tal y como se expuso en el auto del 24 de agosto de 2023, por el cual la Sección avocó conocimiento del asunto.

161. Sin embargo, el nuevo pronunciamiento de la Corte emitido en la sentencia SU573 de 2019 y la revisión de los supuestos jurídicos relevantes en la materia llevan a la Sala a unificar su criterio en la presente sentencia y a acoger la regla de interpretación aquí definida. Es así, por cuanto el análisis detallado, lógico y razonado de los sistemas administrados por FOMAG y por las AFP permite concluir que el primero resulta incompatible con la sanción moratoria por la falta de consignación oportuna de las cesantías…"

Asimismo, en la citada sentencia unificatoria, artículo cuarto, se dispuso: "Advertir a la comunidad en general que la presente decisión es de aplicación inmediata a todos los procesos que se encuentren en curso y en los que se pretenda la aplicación de la normativa que fue objeto de interpretación, de manera que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con el tema objeto de unificación constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial."

Bajo el prisma de la decisión unificadora traída a colación, procede este despacho a analizar el caso concreto.

6. Caso concreto

Está probado que la señora LUZ MARINA LEMUS OTERO, es docente adscrita a la planta de personal del Distrito de Barranquilla y afiliada al FOMAG desde 1998, según reporte de intereses a las cesantías expedido por dicha entidad[9].

Que el 01 de marzo de 2021, la demandante presentó petición ante la Secretaría de Educación y el Ministerio de Educación Nacional, solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías acorde con la Ley 50 de 1990 e indemnización por el pago tardío de los intereses de cesantías, siendo radicada bajo el BRQ2022ER007796[10], petición que fue absuelta de manera desfavorable mediante el acto BRQ2022EE008801 de fecha 06 de abril de 2022[11].

Asimismo está probado que la demandante, señora LUZ MARINA LEMUS OTERO, es docente afiliada al FOMAG, tal como consta entre otros, en el EXTRACTO DE INTERESES A LAS CESANTÍAS expedido por el FOMAG a nombre de la docente demandante, el 31 de enero de 2022 y que obra en el Archivo 001, folio 49 y 50 del expediente, documento generado a solicitud de la actora.

Establecidos los fundamentos facticos probados dentro del presente proceso, se tiene que al ser la parte actora docente afiliada al FOMAG, les es aplicable el precedente fijado por el Consejo de Estado, el cual fijó como regla de unificación jurisprudencial 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."

Asimismo, en lo que respecta a la indemnización por pago tardío de intereses, conforme al artículo 4 del Acuerdo 39 de 1998, se tiene que la sentencia de unificación[12] antes reseñada, señaló:

> *"…181. Así, la Ley 52 de 1975 integrada por tres artículos, estipuló el reconocimiento de intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares a partir del 1 de enero de 1976. Su cuantía es del 12% anual sobre los saldos que tenga a su favor a 31 de diciembre de cada año, o a la fecha de retiro de aquel o de la liquidación parcial de dicha prestación social (artículo 1, numeral 1). Este porcentaje fue el mismo que acogió el artículo 99, numeral 3, de la Ley 50 de 1990 para sus beneficiarios, así como el plazo para su pago, según el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 1176 de 1991, que reglamentó la anterior.*
>
> *182. La consecuencia derivada del incumplimiento de esta obligación por parte del empleador es la de pagar una «suma adicional igual a dichos intereses» a título de indemnización por cada vez que incumpla, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes (artículo 5 del Decreto 116 de 1976).*
>
> *183. Sobre la sanción en mención y su extensión al sector público, el Consejo de Estado sostuvo que «[…] por expreso mandato del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, solo son beneficiarios los trabajadores a quienes se apliquen las normas del Código Sustantivo de Trabajo relacionadas con el auxilio de cesantías»*
>
> *184. Ahora bien, en el caso específico de los docentes oficiales, la Corte Constitucional en la sentencia C-928 de 2006 determinó que la divergencia en cuanto al manejo de los intereses a las cesantías y específicamente, el que no se haya señalado esa consecuencia pecuniaria, se ajusta a la Constitución Política, en*

[9] Archivo 01, fls 49 y 50.
[10] Archivo 001, fl 41 a 44
[11] Archivo 001, fl 46 y 47
[12] Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, sentencia del 11 de octubre de 2023, expediente 66001-33-33-001-2022-00016-01 (5746-2022), Sala Plena.

atención a que el sistema de cesantías del sector privado es diferente del de los educadores estatales regulado por la Ley 91 de 1989.

*…**188. En esas condiciones, es razonable concluir que a 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 consiguiente, no es procedente aplicar al personal docente afiliado al FOMAG, lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, por cuanto, la normatividad especial que los rige, establece las condiciones específicas en las que se causa la mora en la consignación de los intereses de las cesantías de estos servidores.

Amén de lo expuesto, respecto a esta pretensión, está probado en el Archivo 01, folio 49-50, que la liquidación de la prestación social de los docentes Distritales de Barranquilla con corte a 31 de diciembre de 2020, se ajustó conforme al cronograma señalado en el comunicado N° 008 de 2020, y como consecuencia de ello, el FOMAG, pagó los intereses de cesantías a la docente LUZ MARINA LEMUS OTERO, el 31 de marzo de 2021, a través de la entidad bancaria BBVA COLOMBIA, por valor de $ 810,026 comprobante N° 202103310050535 (Archivo 01, fl 50), esto es, dentro del término indicado por el Acuerdo 39 de 1998.

Recapitulando, se negarán las pretensiones de la demanda presentada por la señora LUZ MARINA LEMUS OTERO, teniendo en consideración los argumentos que respecto a pretensiones como las que son materia de esta demanda, esbozó la Sala Plena del Máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia unificadora del 11 de octubre de 2023, proferida dentro del expediente 66001-33-33-001-2022-00016-01 (5746-2022), tal como lo establece el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011.

No habrá lugar a condenar en costas por no existir evidencia de que se hubiesen causado, en los términos del artículo 365 numeral 8 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa que hace el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

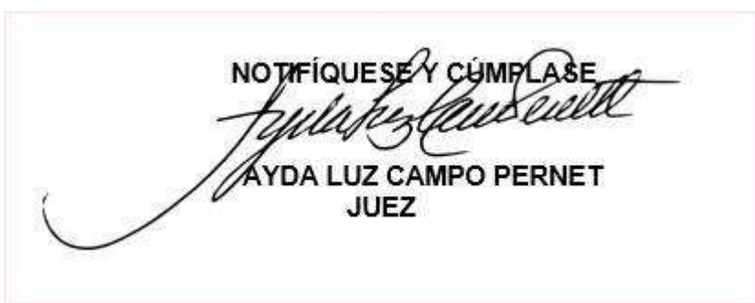
En mérito de lo expuesto, el Juzgado Doce Administrativo Oral de Barranquilla, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1. NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por la señora LUZ MARINA LEMUS OTERO, por las razones expuestas en precedencia.

2. Sin costas.

3. Ejecutoriada la presente decisión y previa acreditación del pago del arancel previsto en el Acuerdo PCSJA18-11176 del 13 de diciembre de 2018, a costas de la parte interesada, EXPÍDASE por Secretaría, copia autentica de la presente sentencia con la respectiva constancia de ejecutoria y las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso, las cuales se entregarán a quien ha venido actuando como apoderado; seguidamente, archívese el expediente.



1. 08001333301220220032400

Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico
Juzgado Doce Administrativo Oral de Barranquilla

Barranquilla, 10 de noviembre de 2023

Radicado	08-001-33-33-012-2022-00178-00
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante	RODOLFO RAFAEL PEREZ FLOREZ
Demandado	NACION - MINISTERIO DE EDUCACION – FOMAG – DISTRITO DE BARRANQUILLA
Juez	AYDA LUZ CAMPO PERNET

I. Pronunciamiento

Con fundamento en el inciso final del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo procede el Despacho a decidir en primera instancia, en relación con el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, prevista en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, promovida por el señor RODOLFO RAFAEL PEREZ FLOREZ, a través de apoderado judicial, contra la Nación - Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el DISTRITO DE BARRANQUILLA, en los siguientes términos:

II. Antecedentes

2.1. Pretensiones

> *"1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como BRQEE2022030666 de fecha 27 de noviembre de 2021, expedido por GIANNY WARFF SAMPER – JEFE DE OFICINA DE GESTION donde niegan el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.*
>
> *2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG y la entidad territorial de D.E.I.P DE BARRANQUILLA, de manera solidaria, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991."*

CONDENAS

> *1. Condenar a la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FOMAG y la entidad territorial de D.E.I.P de Barranquilla, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.*
>
> *2. Condenar a la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FOMAG y la entidad territorial de D.E.I.P de Barranquilla, a que se le reconozca y pague la*

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

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

4. Condenar a la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FOMAG y la entidad territorial de D.E.I.P de Barranquilla, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectué el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

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

6. Condenar en costas a la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FOMAG y la entidad territorial de D.E.I.P de Barranquilla de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010."

2.2. Hechos

"PRIMERO: 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.***

SEGUNDO: De conformidad con el parágrafo 2° del artículo 15 de la ley 91 de 1989, le asignó competencia al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el pago de la CESANTÍA de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

TERCERO: 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 dl 15 de febrero siguiente, a la NACION, literalmente, así: (…)

CUARTO: Teniendo de presente estas circunstancias, mi representado, por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignadas a más tardar el día 31 de enero del año 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021.

QUINTO: Al observarse con detenimiento, que la entidad territorial y el MEN, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la FIDUCIARIA LA PREVISORA O EL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, como cuenta especial de la NACION- y ambos término fueron rebasados y por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la Ley.

*SEXTO: Con fecha **10 de septiembre de 2021**, se 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 expresa mediante el acto administrativo demandado las pretensiones invocadas, situación que conllevó de conformidad con el procedimiento administrativo a adelantar la presente ACCION CONTROL DE NULIDAD Y RETABLECIMIENTO DEL DERECHO, pues las entidades demandadas no quieren reconocer que en ambos aspectos, superan los términos y esta circunstancia tiene consecuencias de orden jurídico hasta que sean corregidos para mi representado (a), como lo tienen legalizado el resto de empleados públicos del país.*

SEPTIMO: Antes de la presentación de este medio de control se solicitó a la Procuraduría Judicial para Asuntos Administrativos la fijación de audiencia de conciliación prejudicial con el objeto de llegar a acuerdos sobre las pretensiones de esta demanda, siendo decretada fallida esta posibilidad.

OCTAVO: Adicional a esto, antes de iniciar el señalamiento de las normas vulneradas con la decisión demandada, la CORTE CONSTITUCIONAL y el CONSEJO DE ESTADO lo determinaron de manera UNIFICADA, como fue expresado en la más reciente sentencia proferida por el Consejo de Estado, en sentencia del 12 de noviembre del año 2020, Radicación: 08001-23-33-0002014-00132-01 (1689-2018), Demandante: MARGARITA ROSA REYES CABALLERO, Demandado: NACION-MEN-FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, MUNICIPIO DE SABANALARGA Y DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO, determinándolo así: (…)"

2.3 Concepto de violación

Señala que la sanción por mora se origina por falta de pago o de consignación de las cesantías, traducida en el incumplimiento de una obligación que tiene unos términos estrictos dispuestos por la ley en garantía del trabajador, esto es, consignar las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, de acuerdo con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Precisa que si el empleador no procede a consignar las cesantías dentro del término fijado por el ordenamiento, a partir de ese momento incurre en mora y se hace exigible una sanción, de manera que, son dos las obligaciones, a saber, el pago atribuido a la cesantía constituye la solución al deber prestacional del empleador frente a su empleado, de modo que al producirse hace que se extinga y, ese mismo pago, ante la causación eventual de la moratoria, ocasiona que ésta cese, no que se extinga, como ocurre con la prescripción.

Indicó que cuando el 29 de diciembre de 1989, se creó la sanción moratoria, por virtud del artículo 3 de la Ley 91 del mismo año, el objetivo era que las cesantías de los docentes, que fueran vinculados a partir del 1 de enero de 1990, fueran consignadas de manera anualizada a este Fondo por parte del Ministerio de Educación, que para este momento era el patrono de los docentes de la educación pública, situación que se mantuvo hasta la expedición de la Ley 60 de 1993 y ley 1955 de 2019.

Que el FOMAG está constituido además de los recursos establecidos en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, del valor de las cesantías retroactivas que adeudaran las entidades territoriales de los docentes vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 y los depósitos que debería realizar el MEN, el 15 de febrero de cada año, para los docentes vinculados después del 1 de enero de 1990, conforme lo estableció la Ley 50 de 1990.

Que cuando se expidió la Ley 50 de 1990, esto es, con posterioridad a la Ley 91 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 H. Corte Constitucional C-486 de 2016, SU 098 de 2018, SU 332 de 2019 y SU 041 de 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990, les modificó el régimen de liquidación de cesantías de retroactiva a un régimen anualizado, pero también, estableció la obligación de consignar las cesantías en un término que no exceda al 15 de febrero de cada año.

Cita criterios jurisprudenciales que resaltan que, aunque los jueces administrativos expusieron que la anterior normatividad no era aplicable a los docentes del sector oficial por encontrase cobijados por un régimen especial y estar excluidos de la aplicación de las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, omitieron realizar una lectura integral de la norma en todo su contexto, precisando que actualmente existe una mala interpretación de la norma, pues en varios pronunciamientos el Consejo de Estado sobre la sanción moratoria en virtud de la Ley 50 de 1990, se establece que aunque en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su decreto reglamentario, se extiende el régimen de liquidación y pago de cesantías a los servidores públicos del nivel territorial, también lo es, que en materia prestacional los docentes que se vincularon con posterioridad al 1 de enero de 1990, se encuentran sometidos a las normas de los empleados públicos del orden nacional, según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Concluye que los fallos del Consejo de Estado ahora admiten que no se trata de que los docentes estén excluidos de la norma, sino que no son destinatarios de la sanción moratoria que se extendió a los servidores públicos del orden territorial porque no cumplen los requisitos de: 1) reunir la condición territorial; 2) ni estar afiliados a un fondo privado administrador de cesantías, desconociendo lo dicho por la Corte Constitucional, que consideró que los empleados públicos que se vinculen a partir de la vigencia del Decreto 1252 de 2000, tienen derecho a las cesantías en los términos establecidos en la Ley 50 de 1990, por lo que considera que se debe dar aplicación al principio de favorabilidad y aplicar a los docentes la Ley 50 de 1990.

2.4 Contestación de la demanda

2.4.1. Ministerio de Educación

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

Precisa que, la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia no es la consignación de cesantías, sino 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.

Que no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

Que cuando se expidió la Ley 50 de 1990, esto es, con posterioridad a la Ley 91 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 H. Corte Constitucional C-486 de 2016, SU 098 de 2018, SU 332 de 2019 y SU 041 de 2020, a quienes a partir del 1 de enero de 1990, se les modificó el régimen de liquidación de cesantías, de retroactivo a un régimen anualizado, pero también, estableció la obligación de consignar las cesantías en un término que no exceda al 15 de febrero de cada año.

Cita criterios jurisprudenciales que resaltan que, los jueces administrativos expusieron que la anterior normatividad no era aplicable a los docentes del sector oficial por encontrase cobijados por un régimen especial y estar excluidos de la aplicación de las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, omitiendo realizar una lectura integral de la norma en todo su contexto, y enfatizan que, actualmente existe una mala interpretación de la norma, pues el Consejo de Estado, en varios pronunciamientos sobre la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, establece que aunque en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su decreto reglamentario, se extiende el régimen de liquidación y pago de cesantías a los servidores públicos del nivel territorial, también lo es, que en materia prestacional los docentes que se vincularon con posterioridad al 1 de enero de 1990, se encuentran sometidos a las normas de los empleados públicos del orden nacional, según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

2.4.2 Distrito de Barranquilla

Que el sistema de liquidación de cesantías para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990 y en adelante, contemplado en la Ley 91 de 1989, fue preservado por el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 con arreglo a lo cual el mismo se mantendría indemne y continuaría siendo el de la irretroactividad o anualizado, como es el caso del docente demandante, que se vinculó a partir de 2004.

Que la pretensión de pago de sanción moratoria en el caso concreto resulta indebida puesto que, la indemnización moratoria en aplicación de la ley 50 de 1990 y la ley 344 de 1996, no proceden como tampoco el decreto 1582 de 1998, por cuanto, dicha normatividad no es aplicable a los docentes sometidos al régimen especial.

Que la parte actora fue vinculado en el año 2011, y afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, desde su vinculación e incorporación a la planta de personal con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989, visible a folio 89 entre otros del expediente administrativo, en cumplimiento de los decretos 1252 de 2000 y 3752 de 2003, 196 de 1995, resultando ineficaz la pretensión de pago de sanción moratoria prevista en la ley 50 de 1990.

2.5 Actuación procesal

La demanda fue recibida por este Despacho judicial el 13 de julio de 2022[1], siendo admitida con auto de fecha 19 de septiembre de 2022[2], notificándose a las demandadas mediante correo electrónico el 20 de septiembre de 2022[3]. A través de correo electrónico de 23 de octubre de 2022[4], la Nación-Ministerio de Educación-FOMAG-, contestó la demanda y el

[1] Archivo 01, folio 323 del expediente.
[2] Archivo 12 del expediente.
[3] Archivo 14 del expediente.
[4] Archivo 15del expediente.

Distrito de Barranquilla, el 01 de noviembre de 2022, una vez vencido el término de traslado de las excepciones y resueltas las mismas por auto de 28 de agosto de 2023[5], se prescindió de la audiencia inicial y se corrió traslado para alegar de conclusión, en auto de 22 de septiembre de 2023[6].

III. CONTROL DE LEGALIDAD

Constatado lo actuado en el proceso, no se observan vicios que impliquen una declaratoria de nulidad dentro del presente proceso, por lo cual, es procedente proferir sentencia.

IV. PRUEBAS

Se allegaron al proceso, los siguientes medios de prueba que se consideran relevantes para resolver el presente asunto:

1. Reclamación del pago de la sanción moratoria dirigida por la actora a la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaria de Educación del Distrito de Barranquilla, siendo radicada bajo el N° BRQ2021ER032916 el 10 de septiembre de 2021.[7]
2. Copia de oficio BRQ2021EE030666 de fecha 27 de noviembre de 2021[8]
3. Copia de extracto de intereses a las cesantías de FOMAG.[9]

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El problema jurídico que la presente *Litis* entraña, se concreta a establecer, si el demandante, tiene derecho al reconocimiento y pago de una indemnización moratoria, por la no consignación de sus cesantías correspondientes a la vigencia 2020, de conformidad con lo previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, así como, a la sanción generada por el pago extemporáneo de los intereses sobre las cesantías de la anualidad mencionada, o si por el contrario, como lo sostienen las entidades demandadas, el régimen de cesantías e intereses de las cesantías regulado en la Ley 50 de 1990, no le es aplicable al demandante, dado que, al estar afiliado al FOMAG goza de un régimen especial.

Para responder el problema jurídico planteado, se analizará el material probatorio acopiado, la normatividad aplicable al caso, así como, jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional expedida sobre la materia.

Sea lo primero señalar que por medio de la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en adelante FOMAG, y se regularon las prestaciones sociales de los docentes, estableciendo dicho cuerpo normativo en el artículo 15, numeral 3, en punto al auxilio de cesantías, lo siguiente:

> *"…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.*

[5] archivo 17 del expediente
[6] Archivo 21 del expediente
[7] Archivo 01, folios 40 del expediente.
[8] Archivo 01 folios 45 y 46 del expediente.
[9] Archivo 01, folios 50 a 52 del expediente.

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

Por su parte, la Ley 50 de 1990, previó en su artículo 99, la forma de liquidar las cesantías, para los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo, así:

> *"Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:*
>
> *1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.*
>
> *2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.*
>
> *3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo. (…)*

Posteriormente se expidió la Ley 344 de 1996, dispuso:

> *"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".*

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

*"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."*

Ahora bien, al artículo 3 del Decreto 1919 de 2002, estableció que los empleados públicos a quienes se les aplique el régimen de retroactividad de cesantías continuarían disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000.

En este orden de ideas, para el cuerpo docente oficial aplica el régimen anualizado de cesantías, que de conformidad al artículo 15 de la Ley 91 de 1989, cobija a los docentes nacionales y a los que se vinculen a partir del 10 de enero de 1990, cuyas prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, en tanto que, los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantienen el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

A ese respecto, el Decreto 3752 de 2003, dispuso:

> *"ARTÍCULO 1°. - Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4° y 5° del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.*
>
> *Parágrafo 1°. - La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (…)"*

Y en el parágrafo del artículo 2 *ibídem* preceptuó, cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la Ley:

> *"Parágrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*
>
> *Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975".*

En el mismo sentido, el artículo 15 del mismo cuerpo normativo, reguló lo concerniente a los docentes nacionalizados, nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990.

Por otro lado, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, estableció:

"Artículo 6º.- Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales. (…)

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

Las sumas por concepto de provisiones y aportes para la atención del pago de las prestaciones del personal docente del orden territorial a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán giradas al mismo por las entidades territoriales,

de conformidad con las disposiciones de la presente Ley. El valor actuarial del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deban trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se determinará, para estos efectos, con base en la liquidación que se realice con cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos.

El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992…"

Por su parte, el Decreto 196 de 1995, "*por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones*", preceptúa:

"…ARTÍCULO 3º. Los docentes nacionales y nacionalizados a que se refiere el artículo 6o. de la Ley 60 de 1993 que se incorporen a las plantas departamentales o distritales, seguirán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los términos de la Ley 91 de 1989 y los Decretos Reglamentarios 1775 y 2563 de 1990, 2129 de 1991 y las disposiciones que los modifiquen o sustituyan.

ARTÍCULO 4º.- Los docentes departamentales y municipales financiados o cofinanciados por la Nación-Ministerio de Educación Nacional mediante convenios, serán afiliados o Incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el régimen de la Ley 91 de 1989 y sus Decretos reglamentarios 1775 y 2563 de 1990 o de las disposiciones que modifiquen el régimen indicado, previo el cumplimiento de los requisitos económicos y formales establecidos para el efecto. (…)

Las prestaciones sociales de los docentes financiados y cofinanciados serán de cargo de la respectiva entidad territorial y los recursos para su cancelación se regirán por lo que disponga el correspondiente convenio de financiación o de cofinanciación. Las entidades territoriales, las cajas de previsión o las entidades que hagan sus veces, girarán directamente los recursos al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio. (…)

Artículo 5º.- Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. (…)

Los docentes que se vinculen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con posterioridad a la incorporación de que trata el inciso inmediatamente anterior, deberán cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica y se afiliarán con sujeción al régimen establecido en la Ley 91 de 1989, en sus decretos reglamentarios y en las disposiciones que los modifiquen adicionen o sustituyan."

Ahora bien, sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la jurisprudencia del Consejo de Estado, venia fluctuando entre la tesis de la no aplicación a los docentes de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, prevista en la Ley 50 de 1990 y la concesión del derecho, aplicando el principio de favorabilidad, tal como se observa en el cuadro inserto a continuación:

POSICIONES EN CONTRA DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 50 DE 1990 PARA EL PERSONAL DOCENTE	**MOTIVO DE LA DECISIÓN**
• Consejo de Estado, Sentencia del 14 de junio de 2018 (08001-23-33-000-2013-00831-01(3583-15). • Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección B. CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia de fecha 16 de agosto de 2018. Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00228-01(2092-16). • Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección B, sentencia de 24 de agosto de 2018, expediente 08001-23-33-000-2014-00174-01, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez.	Los docentes nacionales o vinculados a partir del 01 de enero de 1990, no son beneficiarios de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías, prevista en las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, ya que aquella solamente cobija a los servidores públicos del nivel territorial **vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando se hubieran afiliado a un fondo privado de cesantías.**
POSICIONES A FAVOR DE LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA PARA EL PERSONAL DOCENTE	**MOTIVO DE LA DECISIÓN**
• Consejo de Estado, sentencia del 17 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04617-01, Sección Tercera. • Consejo de Estado, sentencia del 28 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04679-01, Sección Primera, MP Roberto Serrato Valdés. • Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 2 de diciembre de 2019, expediente 08001233300020140018401, MP Rafael Francisco Suarez Vargas. • Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, sentencia de 22 de octubre de 2020, expediente 08001-23-31-000-2014-00254-01(4960-17), CP: William Hernández Gómez. • Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". Consejero Ponente: William Hernández. Sentencia de 10 de junio de 2021. 08001-23-33-000-2014-01612-01(1495-18). • Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección A, sentencia 11 de noviembre de 2021, expediente 08001-23-33-000-2014-90022-01(5154-16), C.P. Gabriel Valbuena Hernández; • Consejo de Estado -Sección Segunda- Subsección A, sentencia de 20 de enero de 2022, expediente N°. 08001-23-33-000-2017-00931-01 (1001-2021), C.P. Gabriel Valbuena Hernández; • Consejo de Estado, Sección Segunda -Subsección A, sentencia de 3 de marzo de 2022, expediente N°. 08-001-23-33-000-2015-00075-01 (2660-2020), C.P. William Hernández Gómez; • Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 9 de mayo de 2022, proferida dentro del proceso 08001-23-33-000-2017- 00795-01 (2659-2020) C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas; • Consejo de Estado, Sección Segunda -Subsección B, Sentencia de 1° de julio de 2022, expediente N°47001233300020160048501 (3153-2021) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. • Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 47001 23 33 000 2018 00235 01 (1738-2020), CP. RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS,	***Ratio decidendi.*** *"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".* En estas providencias, pese a concluir el Consejo de Estado que procede para los docentes oficiales el reconocimiento de la sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías, se declaró la prescripción del derecho.

Es así que, no existía una posición del máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso administrativo que pudiera elevarse a la categoría de precedente para la resolución de estos

casos, y en ese orden de ideas, en los despachos judiciales, en ejercicio de la autonomía, se venía adoptando posición respecto a la viabilidad de acceder al reconocimiento de la indemnización moratoria solicitada.

Con todo, la Sala Plena del Consejo de Estado, el 11 de octubre de 2023, dentro del expediente 66001-33-33-001-2022-00016-01 (5746-2022), unificó su jurisprudencia, en punto del derecho de los docentes afiliados al FOMAG, al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías con posterioridad al 15 de febrero y a la sanción por el pago extemporáneo de los intereses sobre las cesantías, fijando la siguiente regla jurisprudencial:

"… 2.4.4. Regla jurisprudencial

156. De acuerdo con todo lo expuesto en precedencia, se establece que las leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, así como sus decretos reglamentarios no extendieron la sanción moratoria causada por la falta de consignación del auxilio de cesantías a los docentes afiliados al FOMAG y regulados por la Ley 91 de 1989 y, en todo caso, es incompatible con el sistema que prevé la sanción moratoria por la consignación tardía del auxilio en las AFP, comoquiera que se trata de un sistema especial que establece unas normas acordes con su funcionamiento.

157. Sin embargo, en el evento en que la entidad territorial haya omitido afiliarlo al FOMAG el docente estatal no se beneficiaría de aquellas, entre ellas, el reconocimiento de los intereses a las cesantías sobre el saldo total, en la medida en que este no existiría, de modo que le reportaría mayor utilidad las garantías de la Ley 50 de 1990 con fundamento en el cual tendría derecho a la sanción moratoria derivada del incumplimiento del empleador.

158. En ese sentido, la regla de unificación jurisprudencial es la siguiente: 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, como quiera 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.

159. En definitiva, la afiliación del docente oficial será el factor determinante para establecer si hay lugar o no a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que a los no afiliados se les debe garantizar una mínima derivada del sistema general de liquidación anualizada de la prestación económica.

160. Con todo, es conveniente aclarar que es cierto que algunos de los integrantes de la Sección Segunda, Subsecciones A y B, a partir del 2019, suscribieron providencias en las que se adoptaron tesis distintas sustentadas en el precedente contenido en la sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional, en relación con el derecho de los docentes afiliados al FOMAG a ser beneficiarios de la sanción moratoria regulada por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por el retardo en la consignación del auxilio de cesantías, tal y como se expuso en el auto del 24 de agosto de 2023, por el cual la Sección avocó conocimiento del asunto.

161. Sin embargo, el nuevo pronunciamiento de la Corte emitido en la sentencia SU573 de 2019 y la revisión de los supuestos jurídicos relevantes en la materia llevan a la Sala a unificar su criterio en la presente sentencia y a acoger la regla de interpretación aquí definida. Es así, por cuanto el análisis detallado, lógico y razonado de los sistemas administrados por FOMAG y por las AFP permite concluir que el primero resulta incompatible con la sanción moratoria por la falta de consignación oportuna de las cesantías…"

Asimismo, en la citada sentencia unificatoria, artículo cuarto, se dispuso: "Advertir a la comunidad en general que la presente decisión es de aplicación inmediata a todos los procesos que se encuentren en curso y en los que se pretenda la aplicación de la normativa que fue objeto de interpretación, de manera que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con el tema objeto de unificación constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial."

Bajo el prisma de la decisión unificadora traída a colación, procede este despacho a analizar la situación puesta a consideración.

5.1. Caso concreto

Está probado, que el señor RODOLFO RAFAEL PEREZ FLOREZ, es docente adscrito a la planta de personal del Distrito de Barranquilla, nombrado mediante Resolución 169 de junio 30 de 2004, y afiliado al FOMAG desde el 09 de julio de 2004[10].

También se acredita, que el 10 de septiembre de 2021, presentó petición ante la Secretaría de Educación distrital y el Ministerio de Educación Nacional, solicitando el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria derivada de la no consignación oportuna de sus cesantías anuales, conforme a lo contemplado en la Ley 50 de 1990[11].

Que mediante acto administrativo identificado con el N° BRQ2021EE030666 de 27 de noviembre de 2021, el Distrito de Barranquilla, le negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria al demandante[12].

Establecidos los fundamentos facticos probados dentro del presente proceso, se tiene que, al ser el demandante un docente afiliado al FOMAG, le es aplicable la regla de unificación jurisprudencial fijada por el Consejo de Estado, y en cuya virtud, "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."

Asimismo, en lo que respecta a la indemnización por pago tardío de intereses, conforme al artículo 4 del Acuerdo 39 de 1998, se tiene que la sentencia de unificación[13] antes reseñada, señaló:

> *"…181. Así, la Ley 52 de 1975 integrada por tres artículos, estipuló el reconocimiento de intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares a partir del 1 de enero de 1976. Su cuantía es del 12% anual sobre los saldos que tenga a su favor a 31 de diciembre de cada año, o a la fecha de retiro de aquel o de la liquidación parcial de dicha prestación social (artículo 1, numeral 1). Este porcentaje fue el mismo que acogió el artículo 99, numeral 3, de la Ley 50 de 1990 para sus beneficiarios, así como el plazo para su pago, según el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 1176 de 1991, que reglamentó la anterior.*
>
> *182. La consecuencia derivada del incumplimiento de esta obligación por parte del empleador es la de pagar una «suma adicional igual a dichos intereses» a título de*

[10] Archivo 15, fl 70 a 72
[11] Archivo 001, fl 40
[12] Archivo 01 folios 45 y 46 del expediente.
[13] Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, sentencia del 11 de octubre de 2023, expediente 66001-33-33-001-2022-00016-01 (5746-2022), Sala Plena.

indemnización por cada vez que incumpla, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes (artículo 5 del Decreto 116 de 1976).

183. Sobre la sanción en mención y su extensión al sector público, el Consejo de Estado sostuvo que «[…] por expreso mandato del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, solo son beneficiarios los trabajadores a quienes se apliquen las normas del Código Sustantivo de Trabajo relacionadas con el auxilio de cesantías»

184. Ahora bien, en el caso específico de los docentes oficiales, la Corte Constitucional en la sentencia C-928 de 2006 determinó que la divergencia en cuanto al manejo de los intereses a las cesantías y específicamente, el que no se haya señalado esa consecuencia pecuniaria, se ajusta a la Constitución Política, en atención a que el sistema de cesantías del sector privado es diferente del de los educadores estatales regulado por la Ley 91 de 1989.

*…**188. En esas condiciones, es razonable concluir que a 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 consiguiente, no es procedente aplicar al personal docente afiliado al FOMAG, lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, por cuanto, la normatividad especial que los rige, establece las condiciones específicas en las que se causa la mora en la consignación de los intereses de las cesantías de estos servidores.

Recapitulando, se negarán las pretensiones, teniendo en consideración los argumentos que respecto a pretensiones como las que son materia de esta demanda, esbozó la Sala Plena del Máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia unificadora del 11 de octubre de 2023, proferida dentro del expediente 66001-33-33-001-2022-00016-01 (5746-2022), tal como lo establece el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011.

No habrá lugar a condenar en costas a la parte vencida, por cuanto no se evidencia que se hubiesen causado las mismas, conforme al artículo 365 numeral 8 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa que hace el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Doce Administrativo Oral de Barranquilla, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1. NEGAR las pretensiones de la demanda formulada por el señor RODOLFO RAFAEL PEREZ FLOREZ.

2. Sin costas.

3. Ejecutoriada la presente decisión y previa acreditación del pago del arancel previsto en el Acuerdo PCSJA18-11176 del 13 de diciembre de 2018, a costas de la parte interesada, EXPÍDASE por Secretaría, copia autentica de la presente sentencia con la respectiva constancia de ejecutoria y las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso, las cuales se entregarán a quien ha venido actuando como apoderado; seguidamente, archívese el expediente.



08001333301220220017800

Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico
Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Barranquilla

Barranquilla, noviembre 10 de 2023

Radicado	08-001-33-33-012-2022-00173-00
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante	JANNE ISABEL HERAZO OROZCO
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG-DISTRITO DE BARRANQUILLA
Juez	AYDA LUZ CAMPO PERNET

I. PRONUNCIAMIENTO

Con fundamento en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, procede el Despacho a proferir sentencia, con ocasión de la demanda promovida por la señora JANNE ISABEL HERAZO OROZCO, contra la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG-DISTRITO DE BARRANQUILLA, en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, regulado por el artículo 138 *ibidem.*

II. ANTECEDENTES

2.1 Declaraciones y condenas.

Solicita la parte demandante las siguientes:

> *"(…)*
>
> *1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como BRQ2021EE030696 de fecha 20 de noviembre de 2021, expedido por GIANNY WARFF SAMPER – JEFE DE OFICINA DE GESTION, expedido por GIANNY WARFF SAMPER – JEFE DE OFICINA DE GESTION donde niegan el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.*

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG y la entidad territorial de D.E.I.P DE BARRANQUILLA, de manera solidaria, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

CONDENAS

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

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

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

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

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

6. Condenar en costas a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG y a la entidad territorial de D.E.I.P DE BARRANQUILLA de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010."

2.2 Hechos

Los hechos los refiere la parte actora así:

"(…) CUARTO: Teniendo de presente estas circunstancias, mi representado, por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, 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.

(…)

SEXTO: Con fecha 25 de septiembre de 2021, se 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 expresa mediante el acto administrativo demandado las pretensiones invocadas, situación que conllevó de conformidad con el procedimiento administrativo a adelantar la presente ACCION CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, pues las entidades demandadas no quieren reconocer que en ambos aspectos, superan los términos y esta circunstancia tiene consecuencias de orden jurídico hasta que sean corregidos para mi representado (a), como lo tienen legalizado el resto de empleados públicos del país.
(…)"

2.3 Concepto de la violación

Indica la parte actora sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 50 de 1990 se establece que aunque en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y el Decreto Reglamentario 1582 de 1998 se extiende el régimen de liquidación y pago de las cesantías a los servidores públicos del nivel territorial, también lo es que, en materia prestacional los docentes que se vincularon con posterioridad al 1° de enero de 1990 -que sería el caso del actor, pues su vinculación se efectúo el 31 de marzo de 2003- se encuentran sometidos a las normas de los empleados públicos del orden nacional, según lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Sostiene que el parágrafo del artículo 1° del Decreto 1252 de 2000 consagra que los fondos que administran y pagan las cesantías a los servidores referidos seguirán haciéndolo, dentro de los cuales está incluido el fondo del FOMAG. Por tanto, la interpretación que permita concluir que dicha sanción moratoria no es aplicable al actor bajo el argumento de que no cumple la condición de pertenecer a la categoría de servidor público territorial ni la de encontrarse afiliado a un fondo privado, también puede entenderse de manera distinta a la luz de lo dispuesto en el parágrafo precitado.

Señala que el régimen anualizado que establece la Ley 50 de 1990 se extendió al sector público. Específicamente, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 estableció un nuevo régimen de cesantías anualizado y sistema aplicable a las personas que se vincularan con el Estado con posterioridad a su entrada en vigencia. Por otra parte, el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 acogió la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

2.4 Fundamentos de Derecho

Se advierte que la parte actora fundamenta las pretensiones de la demanda en lo previsto en el articulo 53 de la Constitución Política, Ley 91 de 1989, Ley 50 de 1990, Ley 344 de 1996, y Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

2.5. Posición de la parte demandada

2.5.1 NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FOMAG

Sostiene que los docentes son destinatarios del régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989 como empleados públicos del orden nacional, los cuales se encuentran afiliados de forma obligatoria al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no a una cuenta individual elegida por el docente.

Que tanto la liquidación de las cesantías como el trámite de la consignación son distintos para uno y otro régimen, circunstancia que abre paso a la necesidad de verificar si es dable la aplicación del principio de favorabilidad como consecuencia de la inexistencia de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías en el régimen especial docente.

Manifiesta que se debe probar la mala fe del empleador que para el caso en concreto es la entidad territorial, pues esta es quien funge como empleadora.

Así mismo indica que los docentes gozan de beneficios, que resultan más favorables que los señalados en la Ley 50 de 1990, aunado a que no les es aplicable la norma general, ya que estos no escogen un fondo, sino que, por voluntad del legislador, estos automáticamente son afiliados al FOMAG, razón por la cual habida cuenta el origen de los recursos del Fondo, no es posible dar aplicación a la norma impetrada por la parte actora.

2.5.2 DISTRITO DE BARRANQUILLA

Sostiene que no le asiste obligación legal de atender las pretensiones de pago de los valores que por el medio de control de nulidad y restablecimiento pretende la accionante en el caso concreto, toda vez que, en cumplimiento de los requerimientos legales liquidó las cesantías e intereses de las mismas correspondientes al año 2020, dentro de los términos de ley, dando traslado a la Fiduciaria La Previsora S.A., para el respectivo pago según el caso en los términos de ley, tal y como permite evidenciar documento de confirmación de recibido a través de correo electrónico (interesescesantias@fiduprevisora.com.co) el Oficio N° 00086, de fecha 21 de enero de 2020, guía N° YG266859183CO, correspondiente al reporte de liquidación de cesantías docente.

2.6 Actuación procesal

La demanda fue recibida el 8 de julio de 2022[1]. Luego de impedimento[2] manifestado el 15 de julio de 2022 y declaración de infundado, fue admitida mediante providencia del 18 de octubre de 2022,[3] y notificada a los sujetos procesales tal y como consta en los archivos 11 y 12 del expediente. El DISTRITO DE BARRANQUILLA, mediante escrito del 30 de noviembre de 2022[4] contestó la demanda, por su parte la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FOMAG, obró en tal sentido, el 6 de diciembre de 2023[5], ambas presentando excepciones, de las cuales se corrió traslado bajo las previsiones del parágrafo 2° del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con lo dispuesto en el artículo 201 A *ibidem.*

A través de proveído del 9 de mayo de 2023, el Despacho resolvió prescindir de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 182 A ibidem, y bajo tales previsiones, se dispuso la fijación del litigio, la incorporación como prueba de los documentos aportados por la demandante con la demanda y por la parte demandada y en los mismos términos correr traslado por el término de 10 días a las partes, para que presentaran sus alegatos de conclusión.[6]

Mediante escrito del 24 de mayo de 2023[7], la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FOMAG, presentó sus alegatos de conclusión, por su parte el DISTRITO DE BARRANQUILLA, el mismo 24 de mayo de 2023,[8] la demandante procedió con la presentación de los mismos el 29 de mayo del año en curso. [9]

[1] Folio 323 01. DEMANDA Y ANEXOS .pdf
[2] 05. INFORME-DEVOLUCION EXP INFUNDADO IMPEDIMENTO RAD 2022-00151 (2022-00201).pdf
[3] 10. AUTO ADMITE M.pdf
[4] 13. CONTESTACION DEMANDA RAD 2022-00173 DISTRITO DE BARRANQUILLA.pdf
[5] 14. CONTESTACION DEMANDA RAD 2022-00173 FOMAG.pdf
[6] 24. 2022-00173 AUTO PRESCINDE AUDIENCIA -FIJA LITIGIO -CORRE TRASLADO ALEGATOS M_2_2.pdf
[7] 26. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN RAD 2022-000173FOMAG.pdf
[8] 27. ALEGATOS DE CONCLUSION RAD. 2022-00173 DISTRITO DE BARRANQUILLA.pdf
[9] 28. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN RAD 2022-00173 - DEMANDANTE.pdf

En esos términos corresponde al Despacho proferir pronunciamiento de fondo de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011.

III. CONTROL DE LEGALIDAD

Constatado lo actuado, observa el Despacho que no existen vicios que impliquen una declaratoria de nulidad, por lo cual es procedente proferir sentencia.

IV. PRUEBAS

Se allegaron al proceso, los siguientes medios de prueba que se consideran relevantes para resolver el presente asunto:

1. Escrito contentivo de reclamación administrativa tendiente a obtener del pago de la sanción moratoria dirigida por el actor a la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación del Distrito de Barranquilla.[10]

2. Constancia radicación petición BRQ2021ER029851 de fecha 25 de agosto de 2021.[11]

3. Oficio BRQ2021EE030696 de fecha 20 de noviembre de 2021, expedido por el JEFE DE OFICINA DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA DOCENTE GAD PLANTA Y PERSONAL DOCENTE. [12]

4. Certificado de Extracto de Intereses a las Cesantías, a nombre de la demandante, expedido el 26 de enero de 2022, por la FIDUPREVISORA S.A. [13]

5. Antecedentes administrativos. [14]

V. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

El problema jurídico que la presente *Litis* entraña, se concreta a establecer, si la demandante, tiene derecho al reconocimiento y pago de una indemnización moratoria, por la no consignación de sus cesantías correspondientes a la vigencia 2020, de conformidad con lo previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, así como, a la sanción generada por el pago extemporáneo de los intereses sobre las cesantías de la anualidad mencionada, o si por el contrario, como lo sostienen las entidades demandadas, el régimen de cesantías e intereses de las cesantías regulado en la Ley 50 de 1990, no le es aplicable a la demandante, dado que, al estar afiliada al FOMAG goza de un régimen especial.

Para responder el problema jurídico planteado, se analizará el material probatorio acopiado, la normatividad aplicable al caso, así como, jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional expedida sobre la materia.

[10] Folio 41 al 43 01. DEMANDA Y ANEXOS .pdf
[11] Folio 40 01. DEMANDA Y ANEXOS .pdf
[12] Folio 45 y 46 01. DEMANDA Y ANEXOS .pdf
[13] Folio 50 al 51 01. DEMANDA Y ANEXOS .pdf
[14] Folios 39 al 860 13. CONTESTACION DEMANDA RAD 2022-00173 DISTRITO DE BARRANQUILLA.pdf

Sea lo primero señalar que por medio de la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en adelante FOMAG, y se regularon las prestaciones sociales de los docentes, estableciendo dicho cuerpo normativo en el artículo 15, numeral 3, en punto al auxilio de cesantías, lo siguiente:

> *"…3. Cesantías:*
>
> *A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.*
>
> *B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1° de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional."*

Por su parte, la Ley 50 de 1990, previó en su artículo 99, la forma de liquidar las cesantías, para los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo, así:

> *"Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:*
>
> *1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.*
>
> *2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.*
>
> *3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo. (…)*

Posteriormente se expidió la Ley 344 de 1996, dispuso:

> *"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".*

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

> *"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."*

Ahora bien, al artículo 3 del Decreto 1919 de 2002, estableció que los empleados públicos a quienes se les aplique el régimen de retroactividad de cesantías continuarían disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000.

En este orden de ideas, para el cuerpo docente oficial aplica el régimen anualizado de cesantías, que de conformidad al artículo 15 de la Ley 91 de 1989, cobija a los docentes nacionales y a los que se vinculen a partir del 10 de enero de 1990, cuyas prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, en tanto que, los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantienen el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

A ese respecto, el Decreto 3752 de 2003, dispuso:

> *"ARTÍCULO 1°. - Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4° y 5° del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.*
>
> *Parágrafo 1°. - La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la*

> *responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (…)"*

Y en el parágrafo del artículo 2 *ibídem* preceptuó, cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la Ley:

> *"Parágrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*
>
> *Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975".*

En el mismo sentido, el artículo 15 del mismo cuerpo normativo, reguló lo concerniente a los docentes nacionalizados, nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990.

Por otro lado, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, estableció:

> *"Artículo 6º.- Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales. (…)*
>
> *El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.*
>
> *Las sumas por concepto de provisiones y aportes para la atención del pago de las prestaciones del personal docente del orden territorial a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán giradas al mismo por las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley. El valor actuarial del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deban trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se determinará, para estos efectos, con base en la liquidación que se realice con cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos.*
>
> *El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-*

ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992…"

Por su parte, el Decreto 196 de 1995, "*por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones*", preceptúa:

"…ARTÍCULO 3º. Los docentes nacionales y nacionalizados a que se refiere el artículo 6o. de la Ley 60 de 1993 que se incorporen a las plantas departamentales o distritales, seguirán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los términos de la Ley 91 de 1989 y los Decretos Reglamentarios 1775 y 2563 de 1990, 2129 de 1991 y las disposiciones que los modifiquen o sustituyan.

ARTÍCULO 4º.- Los docentes departamentales y municipales financiados o cofinanciados por la Nación-Ministerio de Educación Nacional mediante convenios, serán afiliados o Incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el régimen de la Ley 91 de 1989 y sus Decretos reglamentarios 1775 y 2563 de 1990 o de las disposiciones que modifiquen el régimen indicado, previo el cumplimiento de los requisitos económicos y formales establecidos para el efecto. (…)

Las prestaciones sociales de los docentes financiados y cofinanciados serán de cargo de la respectiva entidad territorial y los recursos para su cancelación se regirán por lo que disponga el correspondiente convenio de financiación o de cofinanciación. Las entidades territoriales, las cajas de previsión o las entidades que hagan sus veces, girarán directamente los recursos al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio. (…)

Artículo 5º.- Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. (…)

Los docentes que se vinculen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con posterioridad a la incorporación de que trata el inciso inmediatamente anterior, deberán cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica y se afiliarán con sujeción al régimen establecido en la Ley 91 de 1989, en sus decretos reglamentarios y en las disposiciones que los modifiquen adicionen o sustituyan."

Ahora bien, sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la jurisprudencia del Consejo de Estado, venia fluctuando entre la tesis de la no aplicación a los docentes de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, prevista en la Ley 50 de 1990 y la concesión del derecho, aplicando el principio de favorabilidad, tal como se observa en el cuadro inserto a continuación:

POSICIONES EN CONTRA DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 50 DE 1990 PARA EL PERSONAL DOCENTE	**MOTIVO DE LA DECISIÓN**
• Consejo de Estado, Sentencia del 14 de junio de 2018 (08001-23-33-000-2013-00831-01(3583-15). • Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección B. CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia de fecha 16 de agosto de 2018. Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00228-01(2092-16). • Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección B, sentencia de 24 de agosto de 2018, expediente 08001-23-33-000-2014-00174-01, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez.	Los docentes nacionales o vinculados a partir del 01 de enero de 1990, no son beneficiarios de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías, prevista en las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, ya que aquella solamente cobija a los servidores públicos del nivel territorial **vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando se hubieran afiliado a un fondo privado de cesantías.**
POSICIONES A FAVOR DE LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA PARA EL PERSONAL DOCENTE	**MOTIVO DE LA DECISIÓN**
• Consejo de Estado, sentencia del 17 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04617-01, Sección Tercera. • Consejo de Estado, sentencia del 28 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04679-01, Sección Primera, MP Roberto Serrato Valdés. • Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 2 de diciembre de 2019, expediente 08001233300020140018401, MP Rafael Francisco Suarez Vargas. • Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, sentencia de 22 de octubre de 2020, expediente 08001-23-31-000-2014-00254-01(4960-17), CP: William Hernández Gómez. • Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Consejero Ponente: William Hernández. Sentencia de 10 de junio de 2021. 08001-23-33-000-2014-01612-01(1495-18). • Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección A, sentencia 11 de noviembre de 2021, expediente 08001-23-33-000-2014-90022-01(5154-16), C.P. Gabriel Valbuena Hernández; • Consejo de Estado -Sección Segunda- Subsección A, sentencia de 20 de enero de 2022, expediente N°. 08001-23-33-000-2017-00931-01 (1001-2021), C.P. Gabriel Valbuena Hernández; • Consejo de Estado, Sección Segunda -Subsección A, sentencia de 3 de marzo de 2022, expediente N°. 08-001-23-33-000-2015-00075-01 (2660-2020), C.P. William Hernández Gómez; • Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 9 de mayo de 2022, proferida dentro del proceso 08001-23-33-000-2017- 00795-01 (2659-2020) C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas; • Consejo de Estado, Sección Segunda -Subsección B, Sentencia de 1° de julio de 2022, expediente N°47001233300020160048501 (3153-2021) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. • Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, sentencia del 19 de enero de 2023, expediente 47001 23 33 000 2018 00235 01 (1738-2020), CP. RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS,	***Ratio decidendi.*** *“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”.* En estas providencias, pese a concluir el Consejo de Estado que procede para los docentes oficiales el reconocimiento de la sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías, se declaró la prescripción del derecho.

Es así que, no existía una posición del máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso administrativo que pudiera elevarse a la categoría de precedente para la resolución de estos

casos, y en ese orden de ideas, en los despachos judiciales, en ejercicio de la autonomía, se venía adoptando posición respecto a la viabilidad de acceder al reconocimiento de la indemnización moratoria solicitada.

Con todo, la Sala Plena del Consejo de Estado, el 11 de octubre de 2023, dentro del expediente 66001-33-33-001-2022-00016-01 (5746-2022), unificó su jurisprudencia, en punto del derecho de los docentes afiliados al FOMAG, al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías con posterioridad al 15 de febrero y a la sanción por el pago extemporáneo de los intereses sobre las cesantías, fijando la siguiente regla jurisprudencial:

> *"… 2.4.4. Regla jurisprudencial*
>
> *156. De acuerdo con todo lo expuesto en precedencia, se establece que las leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, así como sus decretos reglamentarios no extendieron la sanción moratoria causada por la falta de consignación del auxilio de cesantías a los docentes afiliados al FOMAG y regulados por la Ley 91 de 1989 y, en todo caso, es incompatible con el sistema que prevé la sanción moratoria por la consignación tardía del auxilio en las AFP, comoquiera que se trata de un sistema especial que establece unas normas acordes con su funcionamiento.*
>
> *157. Sin embargo, en el evento en que la entidad territorial haya omitido afiliarlo al FOMAG el docente estatal no se beneficiaría de aquellas, entre ellas, el reconocimiento de los intereses a las cesantías sobre el saldo total, en la medida en que este no existiría, de modo que le reportaría mayor utilidad las garantías de la Ley 50 de 1990 con fundamento en el cual tendría derecho a la sanción moratoria derivada del incumplimiento del empleador.*
>
> *158. En ese sentido, la regla de unificación jurisprudencial es la siguiente: 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, como quiera 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.*
>
> *159. En definitiva, la afiliación del docente oficial será el factor determinante para establecer si hay lugar o no a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que a los no afiliados se les debe garantizar una mínima derivada del sistema general de liquidación anualizada de la prestación económica.*
>
> *160. Con todo, es conveniente aclarar que es cierto que algunos de los integrantes de la Sección Segunda, Subsecciones A y B, a partir del 2019, suscribieron providencias en las que se adoptaron tesis*

distintas sustentadas en el precedente contenido en la sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional, en relación con el derecho de los docentes afiliados al FOMAG a ser beneficiarios de la sanción moratoria regulada por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por el retardo en la consignación del auxilio de cesantías, tal y como se expuso en el auto del 24 de agosto de 2023, por el cual la Sección avocó conocimiento del asunto.

161. Sin embargo, el nuevo pronunciamiento de la Corte emitido en la sentencia SU573 de 2019 y la revisión de los supuestos jurídicos relevantes en la materia llevan a la Sala a unificar su criterio en la presente sentencia y a acoger la regla de interpretación aquí definida. Es así, por cuanto el análisis detallado, lógico y razonado de los sistemas administrados por FOMAG y por las AFP permite concluir que el primero resulta incompatible con la sanción moratoria por la falta de consignación oportuna de las cesantías…"

Asimismo, en la citada sentencia unificatoria, artículo cuarto, se dispuso: "Advertir a la comunidad en general que la presente decisión es de aplicación inmediata a todos los procesos que se encuentren en curso y en los que se pretenda la aplicación de la normativa que fue objeto de interpretación, de manera que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con el tema objeto de unificación constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial."

Bajo el prisma de la decisión unificadora traída a colación, procede este despacho a analizar el caso concreto.

5.1. Caso concreto

Está probado, que la señora JANNE ISABEL HERAZO OROZCO, es docente adscrita a la planta de personal del Distrito de Barranquilla y se encuentra afiliada al FOMAG. [15]

También se acredita, que el 25 de septiembre de 2021, presentó petición ante la Secretaría de Educación del Distrito de Barranquilla y el Ministerio de Educación Nacional, solicitando el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria derivada de la no consignación oportuna de sus cesantías anuales, conforme a lo contemplado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.[16]

Que mediante acto administrativo identificado con el radicado BRQ2021EE030696 de fecha 20 de noviembre de 2021 expedido por Gianny Warff Samper – Jefe de Oficina de Gestión, el Distrito de Barranquilla, le negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a la demandante. [17]

Establecidos los fundamentos facticos probados dentro del presente proceso, se tiene que, al ser la demandante una docente afiliada al FOMAG, le es aplicable la regla de unificación jurisprudencial fijada por el Consejo de Estado, y en cuya virtud, *"Los docentes estatales*

[15] 8 a 12 20. RESPUESTA REQUERIMIENTO RAD 2022-00173. - Magda Lorena Giraldo Parra.pdf
[16] Folio 41 al 43 01. DEMANDA Y ANEXOS .pdf
[17] Folio 45 y 46 01. DEMANDA Y ANEXOS .pdf

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."

Asimismo, en lo que respecta a la indemnización por pago tardío de intereses, conforme al artículo 4 del Acuerdo 39 de 1998, se tiene que la sentencia de unificación[18] antes reseñada, señaló:

> *"…181. Así, la Ley 52 de 1975 integrada por tres artículos, estipuló el reconocimiento de intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares a partir del 1 de enero de 1976. Su cuantía es del 12% anual sobre los saldos que tenga a su favor a 31 de diciembre de cada año, o a la fecha de retiro de aquel o de la liquidación parcial de dicha prestación social (artículo 1, numeral 1). Este porcentaje fue el mismo que acogió el artículo 99, numeral 3, de la Ley 50 de 1990 para sus beneficiarios, así como el plazo para su pago, según el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 1176 de 1991, que reglamentó la anterior.*
>
> *182. La consecuencia derivada del incumplimiento de esta obligación por parte del empleador es la de pagar una «suma adicional igual a dichos intereses» a título de indemnización por cada vez que incumpla, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes (artículo 5 del Decreto 116 de 1976).*
>
> *183. Sobre la sanción en mención y su extensión al sector público, el Consejo de Estado sostuvo que «[…] por expreso mandato del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, solo son beneficiarios los trabajadores a quienes se apliquen las normas del Código Sustantivo de Trabajo relacionadas con el auxilio de cesantías»*
>
> *184. Ahora bien, en el caso específico de los docentes oficiales, la Corte Constitucional en la sentencia C-928 de 2006 determinó que la divergencia en cuanto al manejo de los intereses a las cesantías y específicamente, el que no se haya señalado esa consecuencia pecuniaria, se ajusta a la Constitución Política, en atención a que el sistema de cesantías del sector privado es diferente del de los educadores estatales regulado por la Ley 91 de 1989.*
>
> *…**188. En esas condiciones, es razonable concluir que a 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**…" (Se resalta)*

Por consiguiente, no es procedente aplicar al personal docente afiliado al FOMAG, lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, por cuanto, la normatividad especial que los

[18] Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, sentencia del 11 de octubre de 2023, expediente 66001-33-33-001-2022-00016-01 (5746-2022), Sala Plena.

rige, establece las condiciones específicas en las que se causa la mora en la consignación de los intereses de las cesantías de estos servidores.

Recapitulando, se negarán las pretensiones, teniendo en consideración los argumentos que respecto a pretensiones como las que son materia de esta demanda, esbozó la Sala Plena del Máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia unificadora del 11 de octubre de 2023, proferida dentro del expediente 66001-33-33-001-2022-00016-01 (5746-2022), tal como lo establece el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011.

No habrá lugar a condenar en costas a la parte vencida, por cuanto no se evidencia que se hubiesen causado las mismas, conforme al artículo 365 numeral 8 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa que hace el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

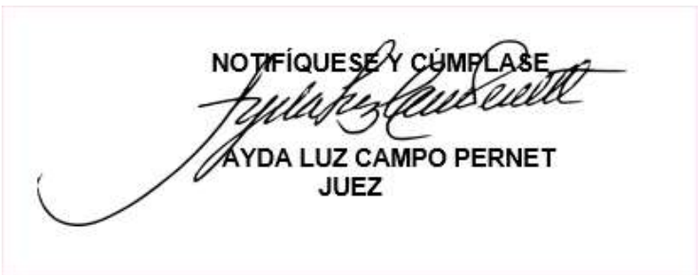
En mérito de lo expuesto, el Juzgado Doce Administrativo Oral de Barranquilla, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1. NEGAR las pretensiones de la demanda formulada por la señora JANNE ISABEL HERAZO OROZCO, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

2. Sin costas.

3. Ejecutoriada la presente decisión y previa acreditación del pago del arancel previsto en el Acuerdo PCSJA18-11176 del 13 de diciembre de 2018, a costas de la parte interesada, EXPÍDASE por Secretaría, copia autentica de la presente sentencia con la respectiva constancia de ejecutoria y las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso, las cuales se entregarán a quien ha venido actuando como apoderado; seguidamente, archívese el expediente.



08001333301220220017300

Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DE BARRANQUILLA

Barranquilla, quince (15) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicado	08-001-33-33-003-2022-00250-00
Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante(s)	Benjamín de Jesús de León Zambrano
Demandado(s)	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag- DIEP de Barranquilla
Juez (a)	Edgardo Manuel Atencio Royero

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesta por Benjamín de Jesús de León Zambrano contra Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag- DIEP de Barranquilla, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II.- ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones

El petitum se expresó de la siguiente manera:

> *"1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como **OFICIO SIN NUMERO** de fecha **5 de enero de 2022**, expedido por **ALCIDES FERRER** donde niegan el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales*

fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

*2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG y la entidad territorial de D.E.I.P DE BARRANQUILLA, de manera solidaria**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.*

CONDENAS

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

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

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

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

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

*6. Condenar en costas a la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG y a la entidad territorial de D.E.I.P DE BARRANQUILLA** de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010."*

2.2. Hechos

Los hechos narrados en la demanda se resumen en:

Señala el extremo actor que el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 asignó al FOMAG el pago de Cesantías de los docentes de establecimientos del sector oficial; con posterioridad, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 modificó la Ley 91/1989 entregando la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de intereses antes del 30 de enero de cada anualidad directamente a los docentes y la consignación de cesantías en el FOMAG a cuenta individual a cada docente, antes del 15 de febrero siguiente.

Conforme a lo anterior, manifiesta que el señor BENJAMIN DE JESUS DE LEON ZAMBRANO como docente de servicios educativos estatales del año 2020, tiene derecho al pago de intereses sean consignados a más tardar el **31/01/2021** y las cesantías hasta el día **15/02/2021**; sin embargo, la entidad territorial y el MEN, no procedieron de conformidad, por lo que se debe reconocer y pagar de manera independiente las sanciones moratorias, desde el **01/01/2021** los intereses de cesantías y desde el **16/02/2021** las cesantías.

De otro lado señala que el día **30/12/2021** solicitó el reconocimiento y pago de sanción moratoria por el no pago de las cesantías y sus intereses y la entidad nominadora resolvió negativamente, motivo por el cual conlleva a presentar el presente medio de control, previo agotamiento de la conciliación ante la Procuraduría Judicial para Asuntos Administrativos, la cual resultó fallida.

2.3. Fundamentos de Derecho

2.3.1. Normas Violadas y concepto de violación

El actor señaló como violadas las siguientes normas:

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

El concepto de la violación se expone de folios 5 a 31 de la demanda.

2.4. De la contestación de la demanda

2.4.1. NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la parte actora, e indicó que de conformidad con el artículo 1º 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 le es aplicable a los docentes vinculados al régimen especial docente, toda vez que estos son destinatarios de la Ley 91 de 1989 como empleados públicos de orden nacional, los cuales se encuentran obligatoriamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y no a una cuenta individual elegida por el docente, y que tanto la liquidación de las cesantías como el trámite de la consignación son distintos para uno y otro régimen.

Así mismo señala que las cesantías de docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la Nación a las entidades territoriales, se garantizan con giro anual que hace

el Ministerio de Hacienda que están en el FONPET perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG, en consecuencia, las entidades territoriales no hacen depósito de recursos como la "consignación de cesantías", únicamente desarrollan antes del 05 de febrero de la vigencia siguiente, la actividad operativa de "liquidación del valor de las cesantías", debido a que los recursos ya están en el fondo.

De otro lado, señala el régimen jurídico aplicable respecto al pago de cesantías y sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anualizadas; y formuló excepciones previa de inepta demanda, ya resuelta, y caducidad, y las de mérito de Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa "liquidación de la cesantía" realizada por el ente territorial con la de "consignación de cesantía" para extender las previsiones indemnizatorias de la Ley 50 de 1990, régimen especial docente no resulta ser violatorio del derecho a la igualdad, imposibilidad operativa que se configure la sanción moratoria por consignación tardía, procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico, técnica de distinción como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial o con efectos inter partes, no procedencia de condena en costas, Genérica

2.4.2. DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE BARRANQUILLA

El apoderado se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que no han amenazado, ni vulnerado los derechos legales, ni constitucionales del demandante.

Además, sostiene que el demandante no puede pretender ser incluida en régimen de cesantías, que no le es propio, teniendo en cuenta su carácter de docente vinculado desde el año 1998, ya que al amparo del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, las cesantías se liquidan anualmente, sin retroactividad.

En consecuencia, el apoderado excepcionó inaplicabilidad de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, cuando el docente ha sido afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio – FOMAG-, indebida pretensión de pago de sanción moratoria y legalidad del acto administrativo impugnado, liquidación de cesantías e intereses en el término legal, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y genérica e inominada.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el día 19 de agosto de 2022, ante la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos y repartida a este despacho, la cual fue admitida mediante auto de fecha 13 de octubre de 2022.

Posteriormente, mediante auto de fecha 18 de agosto de 2023, el juzgado incorporo las pruebas documentales aportadas, no accedió a la solicitud de pruebas, fijo el litigio, y se ordenó correr el traslado para alegar.

IV. ALEGACIONES

4.1. Parte demandante

Indica que el debate se centra en el hecho de establecer si su representada tiene derecho a la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no haber consignado las cesantías en el Fomag, correspondiente al año 2020, a más tardar el 15 de febrero de 2021.

Sostiene que en el plenario se demostró que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de su representado al Fomag dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Relata que es clara la obligación que tiene la nación de consignar los recursos antes del 15 de febrero de cada año, que incluso los descuentos para dichos efectos comienzan a ser descontados a los docentes y al sistema general de participaciones desde el mes de enero del año anterior.

Expresa que el Honorable Consejo de Estado, ha declarado la existencia del derecho al reconocimiento de la sanción por mora por consignación extemporánea de las cesantías en el fondo a favor de los docentes, sin que haya materializado por la afectación de la prescripción del derecho de los casos que han llegado a sus despachos.

4.2. Parte demandada Ministerio de Educación

El defensor de la parte demandada en sus alegatos manifestó, que la Ley 91 de 1989 creó el Fomag como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable, y estadística, sin personería jurídica, para que sus recursos sean manejados por una entidad fiduciaria, para lo cual se celebró contrato con la Fiduciaria la Previsora.

Así las cosas, aclara que los distintos regímenes de cesantías cuentan con distintas fuentes de financiación, por lo que existe una imposibilidad jurídica y física de apertura de cuentas individuales para los afiliados del FOMAG, y que la Ley 1955 de 2019, habla de un principio de unidad de caja, con el fin de lograr mayor eficiencia, que hace que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de 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.

De igual forma, señala que existe una indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías del Fomag, y que en el caso en concreto, no se configuran los presupuestos indicados en la Ley 50 de 1990, para que se configure la sanción moratoria de que trata la Ley.

Finalmente, indica que tampoco es procedente aplicar la sanción por no consignación de cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, toda vez que no es posible establecer el límite final de la sanción moratoria, por lo que solicita no se condene en costas y agencias en derecho, toda vez que no se comprobó por parte del accionante, que se le hayan causado.

4.3. Parte demandada DIEP de Barranquilla

El ente territorial se ratificó de lo expuesto en la contestación de la demanda, incluyendo las excepciones propuestas.

Sostiene que el acto reclamado en nulidad, se encuentra ajustado a derecho, por lo que no le asiste ningún tipo de obligación con el actor, con fundamento en los artículos 3, 5, 9, y 15 de la Ley 91 de 1989.

Concluye que a partir del 1º de enero de 1990, para los docentes nacionales y los demás vinculados desde esa fecha, la Nación, y las entidades territoriales, liquidan anualmente y sin retroactividad las cesantías efectuando el correspondiente reporte al Fondo de Prestaciones del Magisterio.

Señala que con base en los reportes anuales, el fondo reconoce y paga un rédito sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa de interés comercial promedio de captación del sistema financiero para el mismo promedio.

Sostiene que el pago de las cesantías y de sus intereses lo hace el FOMAG, a nombre del empleador, y con lo recursos del fondo, y el empleador le consigna el dinero por las cesantías que liquida anualmente a cada docente, por lo que considera que se puede inferir de manera inequívoca, que tratándose de reconocimiento y pago de prestaciones sociales de docentes, la facultad radica únicamente en el FOMAG.

En conclusión, la parte demandada sostiene que no existe una obligación de consignar cesantías anualmente para los docentes, ya que estas se gestionan a través del Fondo de Prestaciones del Magisterio, por lo que solicita denegar las pretensiones de la demanda.

4.4. Ministerio Público

La agente del Ministerio Público no emitió concepto alguno.

V. CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con el artículo 207 de la Ley 1437 de 2011, las etapas del proceso se han cumplido a cabalidad y no se observa irregularidad alguna que conduzca a nulidad o que impida dictar la presente sentencia.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Problema Jurídico

De acuerdo con lo pretendido en la demanda, corresponde en esta oportunidad al juzgado determinar si le asiste o no derecho a la actora, para que se le reconozca la sanción que estipula la ley 344 de 1996, por la consignación tardía de las cesantías anualizadas.

6.2. Marco normativo y jurisprudencial.

Del auxilio de cesantías.

La Ley 6 de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo; en el art. 12, literal f), estableció, a favor de los trabajadores oficiales, el derecho al auxilio de cesantías a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio y proporcionalmente, por fracciones de año.

Su artículo 17, literal a) consagró que ese auxilio se reconocería a todos los empleados y obreros nacionales de carácter permanente a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1 de enero de 1942.

A su turno, mediante el art. 1 del decreto 2767 de 1945 se extendió la totalidad de las prestaciones sociales consagradas en el art. 17 de la ley 6 de 1945 a los empleados de los Departamentos, intendencias, comisarías y municipios, incluido el auxilio de cesantías.

La ley 65 de 1945 estableció en su art. 1 que los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquier de las ramas del poder público, hállense o no escalafonados en carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantías por todo el tiempo trabajado continúan o discontinuamente a partir del 1 de enero de 1942 en adelante, cualquier que sea la causa del retiro.

Posteriormente, el Decreto 2567 del 31 de agosto de 1946, definió los parámetros para su liquidación.

El Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947, previo que tendría derecho a dicho auxilio, el empleado inscrito o no en carrera administrativa, sea cual fuere la causa de su retiro, con la aclaración de que el monto de la prestación era equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente al tiempo laborado, si era inferior a ese lapso.

En ese orden este régimen de cesantías era de carácter retroactivo, por cuento para su liquidación se tenía encuentra todo el tiempo de servicio y el último salario devengado.

En el Decreto 3118 de 1968, por el cual se crea el Fondo Nacional del Ahorro, se establecen normas sobre el auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales.

Luego la ley 344 de 1996, en su art. 3 ordeno que las personas que se vincularan a partir de su vigencia se regirían por el sistema de liquidación anual de cesantías.

El Decreto 1582 de 1998, vigente a partir del 10 de agosto de ese año reglamento el art. 13 de la ley 344 de 1996.

Disposiciones especiales para las cesantías de docentes.

Conforme a lo señalado el Consejo de Estado[1], el artículo 1 de la Ley 91 de 29 de diciembre de 1989 «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio» distinguió entre docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, en la siguiente forma:

> *« […] Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*
> *Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*
>
> *Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975. […]»*

[1] CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez. Bogotá D.C., 22 de febrero de 2018. Rad. No.: 17001-23-33-000-2015-00825-01.

Así mismo, en el parágrafo del artículo 2 ib. señaló cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la Ley:

> *« […] Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*
>
> *Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975 […]»*

Ahora bien, pese a que allí no se indicó el régimen de cesantías aplicable a los docentes que la misma norma calificó como territoriales, lo cierto es que el artículo 4 ib. creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la ley, con observancia del régimen ya señalado y de los que se vincularan con posterioridad a ella.

En similar sentido, acerca del régimen prestacional de los docentes nacionalizados, nacionales y aquellos que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señaló:

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

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el ordinal 3 de este mismo artículo señaló:

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

De lo anterior se colige que: i). los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1 de enero de 1990 «lo que según la definición contenida en los artículos 1 y 2, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales», se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Posteriormente, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, es decir, para estos docentes estableció el régimen consagrado en dicha la Ley 91 de 1989.

Así mismo, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. Por su parte,

el artículo 115 de la Ley 115 de 1994 al limitar el régimen especial de los educadores estatales en cuanto al régimen estatal indicó que era el que allí se señalaba y el previsto en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Por tanto, la obligación de incorporar a los docentes departamentales, distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio surgió con el Decreto 196 de 1995, el cual, en su artículo 5 determinó que se debía respetar el régimen prestacional que tuvieran los docentes al momento de su vinculación, y conforme a los previsto en el artículo 7 ibidem. el reconocimiento de las cesantías y los intereses sobre las mismas quedaba a cargo de la entidad territorial, cuando se incumpliera la obligación de afiliar al docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Quiere decir lo anterior que no es solo por el hecho de que un docente haya sido nombrado entre 1990 y 1996 por el alcalde o gobernador que este adquiere el carácter de territorial regido por normas prestacionales del orden territorial aplicables antes de la Ley 91 de 1989, sino que esta prerrogativa solo cobijó a quienes cumplieran la condición de ser nombrado sin el cumplimiento de las previsiones del artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

Los demás, nombrados a partir de 1990, ingresaron a la categoría de docentes nacionales, pese a que fueran vinculados por el representante de la entidad territorial.

Competencia para el reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

El artículo 9 de la Ley 91 de 1989 preceptúa que la Nación – Ministerio de Educación Nacional, mediante delegación que realiza en las entidades territoriales, es la responsable del reconocimiento de las prestaciones sociales, dentro de las cuales se encuentran las cesantías, en favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Acorde con lo anterior, el artículo 57 de la Ley 1955 de 25 de mayo 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".*

La norma en comento dispone igualmente 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 (…)".*

Conforme con lo expuesto hasta el momento, se puede afirmar que las cesantías de los docentes se pagan a través del FOMAG y no mediante un conjunto de cuentas individualizadas para cada docente. Esto es así, teniendo en cuenta que los profesores del sector público son afiliados forzosos al Fondo de Prestaciones del Magisterio, según lo dispone el artículo 4° de la Ley 91/89, 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.

De otra parte, de acuerdo al recuento normativo realizado en esta sentencia, no existe una disposición jurídica que le imponga al FOMAG la obligación de consignar las cesantías. Lo que se garantiza es que, dentro de los primeros días del año, las secretarías de educación de las entidades territoriales reporten y remitan al FOMAG las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes de su cargo, en los formatos que para el efecto disponga el Ministerio de Educación, y que este a su vez, dentro de los 10 días hábiles siguientes al recibo de la información por parte del ente territorial, la enviará a la entidad fiduciaria[2].

Dicho reporte de cesantías corresponde a los docentes activos y retirados y se liquida a través del sistema Humano (plataforma electrónica dispuesta por el Fondo en cumplimiento de las obligaciones del contrato de fiducia).

En este punto, debe aclararse que varios de los recursos que corresponde aportar a los entes territoriales por el Sistema General de Participaciones, están disponibles en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año anterior y son trasladados directamente por el Ministerio de Hacienda al FOMAG, y otros se realizan mensualmente, conforme a lo dispuesto en los artículos 18[3], parágrafo 2°, y 36[4] de la Ley 715 de 2001, 12

[2] Acuerdo N°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."*
[3] "ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. 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

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 el 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 reportes recibidos hasta el 15 de marzo, y para reportes posteriores se hará programación posterior de pago.

De las anteriores normas referenciadas 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.

Se destaca de lo analizado, que las cesantías en el régimen de anualidad de los docentes, no se liquidan de forma definitiva, sino mediante un acumulado, año a año. Dicha liquidación se reporta por parte del ente territorial a 5 de febrero de cada año al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de una plataforma informática.

De igual modo, 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

---

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 parafiscales 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.
(…)"

[4] "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."

pensiones, otras prestaciones de la seguridad social y de los servicios médicos de los docentes y no mediante cuentas individualizadas de los docentes, como sí ocurre con los empleados públicos afiliados a fondo privados de cesantías o al Fondo Nacional del Ahorro. Lo anterior, debido a que, se reitera, el FOMAG es el único Fondo al que se pueden afiliar los docentes estatales.

En cuanto a los intereses estos se liquidan y reportan a 5 de febrero de cada año, y se calculan sobre la suma acumulada de todas las cesantías liquidadas año a año, y se pagan en el mes de marzo de cada año.

Por consiguiente, si bien la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha indicado que es plausible aplicar la sanción por mora prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes, luego de un análisis detenido del régimen de cesantías que cobija a estos trabajadores, concluye el Despacho que no se cumplen los presupuestos previstos en dicha jurisprudencia para que se configure la obligación de pagar la sanción por no consignación de las cesantías que se liquidan anualmente en el plazo que establece esa norma, pues se rigen por el régimen de transferencias propias del Sistema General de Participaciones.

7. Caso concreto.

Descendiendo al caso en concreto, tenemos que el actor pretende el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación dentro de los plazos de sus cesantías anualizadas, en su calidad de afiliado al Fondo del Magisterio (FOMAG) como entidad administradora de sus cesantías, de acuerdo con los documentos que reposan en el proceso.

En este orden, el régimen de cesantías aplicable a la parte demandante se regula por la Ley 91 de 1989, por ser las normas aplicables a los docentes nacionales y nacionalizados, la cual expresa respecto al pago de cesantías que 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; no obstante, dicha norma no regula lo relacionado a la sanción moratoria por la no consignación de sus cesantías anualizadas al 15 de febrero.

Radicación: 08001333330032022002500
Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Benjamín De Jesús León Zambrano
Demandado(s): Nación- Min educación -Fomag- DIEP Barranquilla
Decisión: Sentencia

De conformidad con la sentencia de unificación referenciada en el marco normativo y jurisprudencial de la presente providencia podemos indicar que la Ley general que regula el tema de las cesantías anualizadas de los servidores públicos puede ser aplicada a los docentes, siempre y cuando no contraríen la ley especial que le aplica a los docentes.

En esa sentencia la Corte Constitucional, precisó que: "***resulta importante diferenciar las sanciones contempladas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo del Decreto 1582 de 1998 y la prevista en la Ley 244 de 1996, dado que cada una tiene un origen y finalidad distinta***. *La primera, hace referencia a la indemnización derivada de la falta de consignación por parte del patrono antes del 15 de febrero de cada año, del auxilio de cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre, en un fondo privado. Y la segunda, por su parte, se genera frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, habida cuenta, que la entidad tiene la obligación de reconocerla y pagarla dentro de los términos señalados en la ley, so pena de incurrir en la sanción prevista en el artículo 2 parágrafo, de esa norma*".

Así las cosas, la sanción por mora establecida en la ley 344 de 1996, no resulta aplicable para el caso del demandante, pues, dicha norma dispone que, sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, tendrán el siguiente régimen de cesantías; indicando que la decisión no puede ir contra esa otra normatividad.

Además, dicha norma respecto al pago indica que, 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**.

Por su parte el art. 3 de la ley 91 de 1989, dispuso la creación del Fondo como una cuenta única especial de la nación, la cual es la encargada de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados

Por consiguiente, es claro que el actor, no tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria reclamada, por cuanto el régimen de cesantías aplicables es el de liquidación anual de cesantías administrado por el Fomag, como una sola cuenta, situación suficiente para no acceder a sus pretensiones, ya que no es factible como se pretende, aplicarle los beneficios legales, establecidos en el régimen de liquidación de cesantías por anualidad,

creador por la Ley 50 de 1990, por cuanto comportan situaciones diferentes y se violaría el principio de inescindibilidad.

Lo anterior debido a que cada docente no tiene una cuenta individual, para la consignación de sus cesantías anualizadas, si no que estos tienen una cuenta única para todos los docentes de la Nación, que se encarga de atender las prestaciones sociales de los docentes y que si bien tiene una prestación descentralizada esta no afecta su unidad.

En este mismo sentido, se pronunció el máximo órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo - Consejo de Estado[5]-, cuando resolvió una demanda de nulidad de un servidor público afiliado al Fondo Nacional del Ahorro, en ella indico dadas las particularidades de dicho sistema de liquidación de cesantías, y los beneficios que tienen los afiliados al mismo, no era posible aplicar la sanción moratoria, porque se trataban de dos regímenes distintos.

Acorde con lo expuesto, es posible concluir que los servidores públicos afiliados al FOMAG, se sujetan al sistema de liquidación y consignación previsto en la ley 91 de 1989, razón por la cual no tienen derecho al pago de la sanción prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 en caso de mora en la consignación del auxilio de cesantía anualizado, debido a que el afiliado, no cuenta con una cuenta individual en un fondo privado, requisitos necesarios para que puedan darle la sanción.

En últimas se puede precisar que para que se configure la sanción moratoria de las cesantías anualizadas debe tenerse lo siguiente aspectos**: i) el servidor público debe estar afiliado a un fondo privado de cesantías** y **ii) el empleador no consigna las cesantías dentro del plazo legal, esto es el 14 de febrero de cada anualidad**.

Bajo estos argumentos, el Despacho considera aplicable la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 únicamente a los servidores públicos que han escogido un fondo administrador de cesantías de carácter privado, pues los afiliados al FOMAG, se gobiernan por la Ley 91 de 1989 y demás normas pertinentes, la cual no previó una sanción por mora en la consignación del auxilio de cesantías anuales.

---

[5] CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Bogotá, diecisiete (17) de octubre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 70001-23-31-000-2004-01104-03(1090–17). Actor: AUGUSTO ANTONIO SIERRA ESTRADA. Demandado: MUNICIPIO DE SAMPUÉS, SUCRE. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA/DECRETO 01 DE 1984.

A modo de conclusión, y como lo ha reiterado el Consejo de Estado[6], que la cesantía de los servidores públicos (docentes) vinculados desde 1 de enero de 1990 es anualizada y su liquidación se regirá por las normas correspondientes al FOMAG, y se rige por la Ley 91 de 1989.

Conforme todo lo anteriormente expuesto, es evidente para el Juzgado, que el acto administrativo acusado, no viola las disposiciones constituciones y legales invocadas por la parte demandante, por cuanto, la actividad desarrollada por el FOMAG, alrededor del trámite de los auxilios de cesantías del actor, no configura de manera alguna la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1999.

Dicha posición, fue confirmada por el Honorable Tribunal del Atlántico[7], quien estableció que si en gracia de discusión, se aceptara que los auxilios de cesantías provinieran de los aportes realizados, esto no se traduce necesariamente en la consignación de una subcuenta a nombre del docente oficial, que hiciera que su situación se asemejara a los demás servidores del Estado, cuyos empleadores deben consignar los auxilios de cesantías en un Fondo privado, como el que predica la Ley 50 de 1990.

Por lo anterior al no tener derecho la actora al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que regula la ley, por estar afiliada al FOMAG, el Juzgado considera pertinente negar las pretensiones de la demanda, sin necesidad de llegar al estudio de las excepciones.

8. COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispuso:

> "Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

---

[6] Providencia 26 de mayo de 2016, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado bajo el No. 08001233100020120001100l, demandante: Hernando Enrique Viloria Maury, demandado: Distrito E.I.P. de Barranquilla.

[7] Providencia de 20 de febrero de 2023, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado bajo el No. 08001333301020220011101, demandante: Erika Lineis Acosta Márquez, Demandado: Fomag- DIEP Barranquilla

Del canon transcrito se desprende, como ya lo ha precisado el H. Tribunal administrativo del Atlántico, el principio de igualdad procesal; ello por cuanto se dispone que en todos los procesos habrá de pronunciarse acerca de si se condena o no en costas a la parte vencida en el juicio. En el presente caso el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, debido a que no encuentra elementos que justifiquen razonablemente la imposición de una condena en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IX. FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: NOTIFÍQUESE a las partes la presente decisión según lo señalado en el artículo 203 del C.P.A.C.A.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría General, **ARCHÍVESE** el expediente, de conformidad con las tablas de retención documental aprobados por el Consejo Superior de la Judicatura.

QUINTO: Reconocer personería judicial a la abogada YAHANY GENES SERPA, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.063.156.674 y T.P. 256.137 del C.S.J., como apoderada de la parte demandada – NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, conforme al poder y anexos aportados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Radicación: 08001333330032022002500
Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Benjamín De Jesús León Zambrano
Demandado(s): Nación- Min educación -Fomag- DIEP Barranquilla
Decisión: Sentencia

EDGARDO MANUEL ATENCIO ROYERO
JUEZ

Firmado Por:

Edgardo Manuel Atencio Royero

Juez

Juzgado Administrativo

Oral 003

Barranquilla - Atlantico

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: **ea87ac3339c83962dd5b102a02b2fd4bc19d8ef388b5a365cfc66befbd8f9328**

Documento generado en 15/11/2023 11:33:16 AM

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

Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DE BARRANQUILLA

Barranquilla, quince (15) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicado	08-001-33-33-003-2022-00250-00
Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante(s)	Benjamín de Jesús de León Zambrano
Demandado(s)	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag- DIEP de Barranquilla
Juez (a)	Edgardo Manuel Atencio Royero

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesta por Benjamín de Jesús de León Zambrano contra Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag- DIEP de Barranquilla, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II.- ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones

El petitum se expresó de la siguiente manera:

> *"1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como **OFICIO SIN NUMERO** de fecha **5 de enero de 2022**, expedido por **ALCIDES FERRER** donde niegan el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales*

fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

*2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG y la entidad territorial de D.E.I.P DE BARRANQUILLA, de manera solidaria**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.*

CONDENAS

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

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

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

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

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

*6. Condenar en costas a la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG y a la entidad territorial de D.E.I.P DE BARRANQUILLA** de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010."*

2.2. Hechos

Los hechos narrados en la demanda se resumen en:

Señala el extremo actor que el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 asignó al FOMAG el pago de Cesantías de los docentes de establecimientos del sector oficial; con posterioridad, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 modificó la Ley 91/1989 entregando la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de intereses antes del 30 de enero de cada anualidad directamente a los docentes y la consignación de cesantías en el FOMAG a cuenta individual a cada docente, antes del 15 de febrero siguiente.

Conforme a lo anterior, manifiesta que el señor BENJAMIN DE JESUS DE LEON ZAMBRANO como docente de servicios educativos estatales del año 2020, tiene derecho al pago de intereses sean consignados a más tardar el **31/01/2021** y las cesantías hasta el día **15/02/2021**; sin embargo, la entidad territorial y el MEN, no procedieron de conformidad, por lo que se debe reconocer y pagar de manera independiente las sanciones moratorias, desde el **01/01/2021** los intereses de cesantías y desde el **16/02/2021** las cesantías.

De otro lado señala que el día **30/12/2021** solicitó el reconocimiento y pago de sanción moratoria por el no pago de las cesantías y sus intereses y la entidad nominadora resolvió negativamente, motivo por el cual conlleva a presentar el presente medio de control, previo agotamiento de la conciliación ante la Procuraduría Judicial para Asuntos Administrativos, la cual resultó fallida.

2.3. Fundamentos de Derecho

2.3.1. Normas Violadas y concepto de violación

El actor señaló como violadas las siguientes normas:

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

El concepto de la violación se expone de folios 5 a 31 de la demanda.

2.4. De la contestación de la demanda

2.4.1. NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la parte actora, e indicó que de conformidad con el artículo 1º 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 le es aplicable a los docentes vinculados al régimen especial docente, toda vez que estos son destinatarios de la Ley 91 de 1989 como empleados públicos de orden nacional, los cuales se encuentran obligatoriamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y no a una cuenta individual elegida por el docente, y que tanto la liquidación de las cesantías como el trámite de la consignación son distintos para uno y otro régimen.

Así mismo señala que las cesantías de docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la Nación a las entidades territoriales, se garantizan con giro anual que hace

el Ministerio de Hacienda que están en el FONPET perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG, en consecuencia, las entidades territoriales no hacen depósito de recursos como la "consignación de cesantías", únicamente desarrollan antes del 05 de febrero de la vigencia siguiente, la actividad operativa de "liquidación del valor de las cesantías", debido a que los recursos ya están en el fondo.

De otro lado, señala el régimen jurídico aplicable respecto al pago de cesantías y sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anualizadas; y formuló excepciones previa de inepta demanda, ya resuelta, y caducidad, y las de mérito de Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa "liquidación de la cesantía" realizada por el ente territorial con la de "consignación de cesantía" para extender las previsiones indemnizatorias de la Ley 50 de 1990, régimen especial docente no resulta ser violatorio del derecho a la igualdad, imposibilidad operativa que se configure la sanción moratoria por consignación tardía, procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico, técnica de distinción como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial o con efectos inter partes, no procedencia de condena en costas, Genérica

2.4.2. DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE BARRANQUILLA

El apoderado se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que no han amenazado, ni vulnerado los derechos legales, ni constitucionales del demandante.

Además, sostiene que el demandante no puede pretender ser incluida en régimen de cesantías, que no le es propio, teniendo en cuenta su carácter de docente vinculado desde el año 1998, ya que al amparo del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, las cesantías se liquidan anualmente, sin retroactividad.

En consecuencia, el apoderado excepcionó inaplicabilidad de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, cuando el docente ha sido afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio – FOMAG-, indebida pretensión de pago de sanción moratoria y legalidad del acto administrativo impugnado, liquidación de cesantías e intereses en el término legal, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y genérica e inominada.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el día 19 de agosto de 2022, ante la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos y repartida a este despacho, la cual fue admitida mediante auto de fecha 13 de octubre de 2022.

Posteriormente, mediante auto de fecha 18 de agosto de 2023, el juzgado incorporo las pruebas documentales aportadas, no accedió a la solicitud de pruebas, fijo el litigio, y se ordenó correr el traslado para alegar.

IV. ALEGACIONES

4.1. Parte demandante

Indica que el debate se centra en el hecho de establecer si su representada tiene derecho a la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no haber consignado las cesantías en el Fomag, correspondiente al año 2020, a más tardar el 15 de febrero de 2021.

Sostiene que en el plenario se demostró que efectivamente las entidades demandadas no consignaron el valor de las cesantías de su representado al Fomag dentro del término establecido, así como el pago de los intereses a las cesantías se realizó superado el plazo legal para ello.

Relata que es clara la obligación que tiene la nación de consignar los recursos antes del 15 de febrero de cada año, que incluso los descuentos para dichos efectos comienzan a ser descontados a los docentes y al sistema general de participaciones desde el mes de enero del año anterior.

Expresa que el Honorable Consejo de Estado, ha declarado la existencia del derecho al reconocimiento de la sanción por mora por consignación extemporánea de las cesantías en el fondo a favor de los docentes, sin que haya materializado por la afectación de la prescripción del derecho de los casos que han llegado a sus despachos.

4.2. Parte demandada Ministerio de Educación

El defensor de la parte demandada en sus alegatos manifestó, que la Ley 91 de 1989 creó el Fomag como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable, y estadística, sin personería jurídica, para que sus recursos sean manejados por una entidad fiduciaria, para lo cual se celebró contrato con la Fiduciaria la Previsora.

Así las cosas, aclara que los distintos regímenes de cesantías cuentan con distintas fuentes de financiación, por lo que existe una imposibilidad jurídica y física de apertura de cuentas individuales para los afiliados del FOMAG, y que la Ley 1955 de 2019, habla de un principio de unidad de caja, con el fin de lograr mayor eficiencia, que hace que anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de 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.

De igual forma, señala que existe una indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías del Fomag, y que en el caso en concreto, no se configuran los presupuestos indicados en la Ley 50 de 1990, para que se configure la sanción moratoria de que trata la Ley.

Finalmente, indica que tampoco es procedente aplicar la sanción por no consignación de cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, toda vez que no es posible establecer el límite final de la sanción moratoria, por lo que solicita no se condene en costas y agencias en derecho, toda vez que no se comprobó por parte del accionante, que se le hayan causado.

4.3. Parte demandada DIEP de Barranquilla

El ente territorial se ratificó de lo expuesto en la contestación de la demanda, incluyendo las excepciones propuestas.

Sostiene que el acto reclamado en nulidad, se encuentra ajustado a derecho, por lo que no le asiste ningún tipo de obligación con el actor, con fundamento en los artículos 3, 5, 9, y 15 de la Ley 91 de 1989.

Concluye que a partir del 1º de enero de 1990, para los docentes nacionales y los demás vinculados desde esa fecha, la Nación, y las entidades territoriales, liquidan anualmente y sin retroactividad las cesantías efectuando el correspondiente reporte al Fondo de Prestaciones del Magisterio.

Señala que con base en los reportes anuales, el fondo reconoce y paga un rédito sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa de interés comercial promedio de captación del sistema financiero para el mismo promedio.

Sostiene que el pago de las cesantías y de sus intereses lo hace el FOMAG, a nombre del empleador, y con lo recursos del fondo, y el empleador le consigna el dinero por las cesantías que liquida anualmente a cada docente, por lo que considera que se puede inferir de manera inequívoca, que tratándose de reconocimiento y pago de prestaciones sociales de docentes, la facultad radica únicamente en el FOMAG.

En conclusión, la parte demandada sostiene que no existe una obligación de consignar cesantías anualmente para los docentes, ya que estas se gestionan a través del Fondo de Prestaciones del Magisterio, por lo que solicita denegar las pretensiones de la demanda.

4.4. Ministerio Público

La agente del Ministerio Público no emitió concepto alguno.

V. CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con el artículo 207 de la Ley 1437 de 2011, las etapas del proceso se han cumplido a cabalidad y no se observa irregularidad alguna que conduzca a nulidad o que impida dictar la presente sentencia.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Problema Jurídico

De acuerdo con lo pretendido en la demanda, corresponde en esta oportunidad al juzgado determinar si le asiste o no derecho a la actora, para que se le reconozca la sanción que estipula la ley 344 de 1996, por la consignación tardía de las cesantías anualizadas.

6.2. Marco normativo y jurisprudencial.

Del auxilio de cesantías.

La Ley 6 de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo; en el art. 12, literal f), estableció, a favor de los trabajadores oficiales, el derecho al auxilio de cesantías a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio y proporcionalmente, por fracciones de año.

Su artículo 17, literal a) consagró que ese auxilio se reconocería a todos los empleados y obreros nacionales de carácter permanente a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1 de enero de 1942.

A su turno, mediante el art. 1 del decreto 2767 de 1945 se extendió la totalidad de las prestaciones sociales consagradas en el art. 17 de la ley 6 de 1945 a los empleados de los Departamentos, intendencias, comisarías y municipios, incluido el auxilio de cesantías.

La ley 65 de 1945 estableció en su art. 1 que los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquier de las ramas del poder público, hállense o no escalafonados en carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantías por todo el tiempo trabajado continúan o discontinuamente a partir del 1 de enero de 1942 en adelante, cualquier que sea la causa del retiro.

Posteriormente, el Decreto 2567 del 31 de agosto de 1946, definió los parámetros para su liquidación.

El Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947, previo que tendría derecho a dicho auxilio, el empleado inscrito o no en carrera administrativa, sea cual fuere la causa de su retiro, con la aclaración de que el monto de la prestación era equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente al tiempo laborado, si era inferior a ese lapso.

En ese orden este régimen de cesantías era de carácter retroactivo, por cuento para su liquidación se tenía encuentra todo el tiempo de servicio y el último salario devengado.

En el Decreto 3118 de 1968, por el cual se crea el Fondo Nacional del Ahorro, se establecen normas sobre el auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales.

Luego la ley 344 de 1996, en su art. 3 ordeno que las personas que se vincularan a partir de su vigencia se regirían por el sistema de liquidación anual de cesantías.

El Decreto 1582 de 1998, vigente a partir del 10 de agosto de ese año reglamento el art. 13 de la ley 344 de 1996.

Disposiciones especiales para las cesantías de docentes.

Conforme a lo señalado el Consejo de Estado[1], el artículo 1 de la Ley 91 de 29 de diciembre de 1989 «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio» distinguió entre docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, en la siguiente forma:

> *« […] Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*
> *Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*
>
> *Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975. […]»*

[1] CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez. Bogotá D.C., 22 de febrero de 2018. Rad. No.: 17001-23-33-000-2015-00825-01.

Así mismo, en el parágrafo del artículo 2 ib. señaló cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la Ley:

> *« […] Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*
>
> *Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975 […]»*

Ahora bien, pese a que allí no se indicó el régimen de cesantías aplicable a los docentes que la misma norma calificó como territoriales, lo cierto es que el artículo 4 ib. creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la ley, con observancia del régimen ya señalado y de los que se vincularan con posterioridad a ella.

En similar sentido, acerca del régimen prestacional de los docentes nacionalizados, nacionales y aquellos que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señaló:

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

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el ordinal 3 de este mismo artículo señaló:

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

De lo anterior se colige que: i). los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1 de enero de 1990 «lo que según la definición contenida en los artículos 1 y 2, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales», se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Posteriormente, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, es decir, para estos docentes estableció el régimen consagrado en dicha la Ley 91 de 1989.

Así mismo, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. Por su parte,

el artículo 115 de la Ley 115 de 1994 al limitar el régimen especial de los educadores estatales en cuanto al régimen estatal indicó que era el que allí se señalaba y el previsto en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Por tanto, la obligación de incorporar a los docentes departamentales, distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio surgió con el Decreto 196 de 1995, el cual, en su artículo 5 determinó que se debía respetar el régimen prestacional que tuvieran los docentes al momento de su vinculación, y conforme a los previsto en el artículo 7 ibidem. el reconocimiento de las cesantías y los intereses sobre las mismas quedaba a cargo de la entidad territorial, cuando se incumpliera la obligación de afiliar al docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Quiere decir lo anterior que no es solo por el hecho de que un docente haya sido nombrado entre 1990 y 1996 por el alcalde o gobernador que este adquiere el carácter de territorial regido por normas prestacionales del orden territorial aplicables antes de la Ley 91 de 1989, sino que esta prerrogativa solo cobijó a quienes cumplieran la condición de ser nombrado sin el cumplimiento de las previsiones del artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

Los demás, nombrados a partir de 1990, ingresaron a la categoría de docentes nacionales, pese a que fueran vinculados por el representante de la entidad territorial.

Competencia para el reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

El artículo 9 de la Ley 91 de 1989 preceptúa que la Nación – Ministerio de Educación Nacional, mediante delegación que realiza en las entidades territoriales, es la responsable del reconocimiento de las prestaciones sociales, dentro de las cuales se encuentran las cesantías, en favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Acorde con lo anterior, el artículo 57 de la Ley 1955 de 25 de mayo 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".*

La norma en comento dispone igualmente 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 (…)".*

Conforme con lo expuesto hasta el momento, se puede afirmar que las cesantías de los docentes se pagan a través del FOMAG y no mediante un conjunto de cuentas individualizadas para cada docente. Esto es así, teniendo en cuenta que los profesores del sector público son afiliados forzosos al Fondo de Prestaciones del Magisterio, según lo dispone el artículo 4° de la Ley 91/89, 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.

De otra parte, de acuerdo al recuento normativo realizado en esta sentencia, no existe una disposición jurídica que le imponga al FOMAG la obligación de consignar las cesantías. Lo que se garantiza es que, dentro de los primeros días del año, las secretarías de educación de las entidades territoriales reporten y remitan al FOMAG las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes de su cargo, en los formatos que para el efecto disponga el Ministerio de Educación, y que este a su vez, dentro de los 10 días hábiles siguientes al recibo de la información por parte del ente territorial, la enviará a la entidad fiduciaria[2].

Dicho reporte de cesantías corresponde a los docentes activos y retirados y se liquida a través del sistema Humano (plataforma electrónica dispuesta por el Fondo en cumplimiento de las obligaciones del contrato de fiducia).

En este punto, debe aclararse que varios de los recursos que corresponde aportar a los entes territoriales por el Sistema General de Participaciones, están disponibles en el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año anterior y son trasladados directamente por el Ministerio de Hacienda al FOMAG, y otros se realizan mensualmente, conforme a lo dispuesto en los artículos 18[3], parágrafo 2°, y 36[4] de la Ley 715 de 2001, 12

[2] Acuerdo N°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."*
[3] "ARTÍCULO 18. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. 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

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 el 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 reportes recibidos hasta el 15 de marzo, y para reportes posteriores se hará programación posterior de pago.

De las anteriores normas referenciadas 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.

Se destaca de lo analizado, que las cesantías en el régimen de anualidad de los docentes, no se liquidan de forma definitiva, sino mediante un acumulado, año a año. Dicha liquidación se reporta por parte del ente territorial a 5 de febrero de cada año al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de una plataforma informática.

De igual modo, 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

---

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 parafiscales 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.
(…)"

[4] "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."

pensiones, otras prestaciones de la seguridad social y de los servicios médicos de los docentes y no mediante cuentas individualizadas de los docentes, como sí ocurre con los empleados públicos afiliados a fondo privados de cesantías o al Fondo Nacional del Ahorro. Lo anterior, debido a que, se reitera, el FOMAG es el único Fondo al que se pueden afiliar los docentes estatales.

En cuanto a los intereses estos se liquidan y reportan a 5 de febrero de cada año, y se calculan sobre la suma acumulada de todas las cesantías liquidadas año a año, y se pagan en el mes de marzo de cada año.

Por consiguiente, si bien la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha indicado que es plausible aplicar la sanción por mora prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes, luego de un análisis detenido del régimen de cesantías que cobija a estos trabajadores, concluye el Despacho que no se cumplen los presupuestos previstos en dicha jurisprudencia para que se configure la obligación de pagar la sanción por no consignación de las cesantías que se liquidan anualmente en el plazo que establece esa norma, pues se rigen por el régimen de transferencias propias del Sistema General de Participaciones.

7. Caso concreto.

Descendiendo al caso en concreto, tenemos que el actor pretende el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación dentro de los plazos de sus cesantías anualizadas, en su calidad de afiliado al Fondo del Magisterio (FOMAG) como entidad administradora de sus cesantías, de acuerdo con los documentos que reposan en el proceso.

En este orden, el régimen de cesantías aplicable a la parte demandante se regula por la Ley 91 de 1989, por ser las normas aplicables a los docentes nacionales y nacionalizados, la cual expresa respecto al pago de cesantías que 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; no obstante, dicha norma no regula lo relacionado a la sanción moratoria por la no consignación de sus cesantías anualizadas al 15 de febrero.

Radicación: 08001333330032022002500
Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Benjamín De Jesús León Zambrano
Demandado(s): Nación- Min educación -Fomag- DIEP Barranquilla
Decisión: Sentencia

De conformidad con la sentencia de unificación referenciada en el marco normativo y jurisprudencial de la presente providencia podemos indicar que la Ley general que regula el tema de las cesantías anualizadas de los servidores públicos puede ser aplicada a los docentes, siempre y cuando no contraríen la ley especial que le aplica a los docentes.

En esa sentencia la Corte Constitucional, precisó que: "***resulta importante diferenciar las sanciones contempladas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo del Decreto 1582 de 1998 y la prevista en la Ley 244 de 1996, dado que cada una tiene un origen y finalidad distinta***. *La primera, hace referencia a la indemnización derivada de la falta de consignación por parte del patrono antes del 15 de febrero de cada año, del auxilio de cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre, en un fondo privado. Y la segunda, por su parte, se genera frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, habida cuenta, que la entidad tiene la obligación de reconocerla y pagarla dentro de los términos señalados en la ley, so pena de incurrir en la sanción prevista en el artículo 2 parágrafo, de esa norma*".

Así las cosas, la sanción por mora establecida en la ley 344 de 1996, no resulta aplicable para el caso del demandante, pues, dicha norma dispone que, sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, tendrán el siguiente régimen de cesantías; indicando que la decisión no puede ir contra esa otra normatividad.

Además, dicha norma respecto al pago indica que, 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**.

Por su parte el art. 3 de la ley 91 de 1989, dispuso la creación del Fondo como una cuenta única especial de la nación, la cual es la encargada de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados

Por consiguiente, es claro que el actor, no tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria reclamada, por cuanto el régimen de cesantías aplicables es el de liquidación anual de cesantías administrado por el Fomag, como una sola cuenta, situación suficiente para no acceder a sus pretensiones, ya que no es factible como se pretende, aplicarle los beneficios legales, establecidos en el régimen de liquidación de cesantías por anualidad,

creador por la Ley 50 de 1990, por cuanto comportan situaciones diferentes y se violaría el principio de inescindibilidad.

Lo anterior debido a que cada docente no tiene una cuenta individual, para la consignación de sus cesantías anualizadas, si no que estos tienen una cuenta única para todos los docentes de la Nación, que se encarga de atender las prestaciones sociales de los docentes y que si bien tiene una prestación descentralizada esta no afecta su unidad.

En este mismo sentido, se pronunció el máximo órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo - Consejo de Estado[5]-, cuando resolvió una demanda de nulidad de un servidor público afiliado al Fondo Nacional del Ahorro, en ella indico dadas las particularidades de dicho sistema de liquidación de cesantías, y los beneficios que tienen los afiliados al mismo, no era posible aplicar la sanción moratoria, porque se trataban de dos regímenes distintos.

Acorde con lo expuesto, es posible concluir que los servidores públicos afiliados al FOMAG, se sujetan al sistema de liquidación y consignación previsto en la ley 91 de 1989, razón por la cual no tienen derecho al pago de la sanción prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 en caso de mora en la consignación del auxilio de cesantía anualizado, debido a que el afiliado, no cuenta con una cuenta individual en un fondo privado, requisitos necesarios para que puedan darle la sanción.

En últimas se puede precisar que para que se configure la sanción moratoria de las cesantías anualizadas debe tenerse lo siguiente aspectos**: i) el servidor público debe estar afiliado a un fondo privado de cesantías** y **ii) el empleador no consigna las cesantías dentro del plazo legal, esto es el 14 de febrero de cada anualidad**.

Bajo estos argumentos, el Despacho considera aplicable la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 únicamente a los servidores públicos que han escogido un fondo administrador de cesantías de carácter privado, pues los afiliados al FOMAG, se gobiernan por la Ley 91 de 1989 y demás normas pertinentes, la cual no previó una sanción por mora en la consignación del auxilio de cesantías anuales.

---

[5] CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Bogotá, diecisiete (17) de octubre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 70001-23-31-000-2004-01104-03(1090–17). Actor: AUGUSTO ANTONIO SIERRA ESTRADA. Demandado: MUNICIPIO DE SAMPUÉS, SUCRE. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA/DECRETO 01 DE 1984.

A modo de conclusión, y como lo ha reiterado el Consejo de Estado[6], que la cesantía de los servidores públicos (docentes) vinculados desde 1 de enero de 1990 es anualizada y su liquidación se regirá por las normas correspondientes al FOMAG, y se rige por la Ley 91 de 1989.

Conforme todo lo anteriormente expuesto, es evidente para el Juzgado, que el acto administrativo acusado, no viola las disposiciones constituciones y legales invocadas por la parte demandante, por cuanto, la actividad desarrollada por el FOMAG, alrededor del trámite de los auxilios de cesantías del actor, no configura de manera alguna la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1999.

Dicha posición, fue confirmada por el Honorable Tribunal del Atlántico[7], quien estableció que si en gracia de discusión, se aceptara que los auxilios de cesantías provinieran de los aportes realizados, esto no se traduce necesariamente en la consignación de una subcuenta a nombre del docente oficial, que hiciera que su situación se asemejara a los demás servidores del Estado, cuyos empleadores deben consignar los auxilios de cesantías en un Fondo privado, como el que predica la Ley 50 de 1990.

Por lo anterior al no tener derecho la actora al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que regula la ley, por estar afiliada al FOMAG, el Juzgado considera pertinente negar las pretensiones de la demanda, sin necesidad de llegar al estudio de las excepciones.

8. COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispuso:

> "Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

---

[6] Providencia 26 de mayo de 2016, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado bajo el No. 08001233100020120001100l, demandante: Hernando Enrique Viloria Maury, demandado: Distrito E.I.P. de Barranquilla.

[7] Providencia de 20 de febrero de 2023, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado bajo el No. 08001333301020220011101, demandante: Erika Lineis Acosta Márquez, Demandado: Fomag- DIEP Barranquilla

Del canon transcrito se desprende, como ya lo ha precisado el H. Tribunal administrativo del Atlántico, el principio de igualdad procesal; ello por cuanto se dispone que en todos los procesos habrá de pronunciarse acerca de si se condena o no en costas a la parte vencida en el juicio. En el presente caso el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, debido a que no encuentra elementos que justifiquen razonablemente la imposición de una condena en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IX. FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: NOTIFÍQUESE a las partes la presente decisión según lo señalado en el artículo 203 del C.P.A.C.A.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría General, **ARCHÍVESE** el expediente, de conformidad con las tablas de retención documental aprobados por el Consejo Superior de la Judicatura.

QUINTO: Reconocer personería judicial a la abogada YAHANY GENES SERPA, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.063.156.674 y T.P. 256.137 del C.S.J., como apoderada de la parte demandada – NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, conforme al poder y anexos aportados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Radicación: 08001333330032022002500
Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Benjamín De Jesús León Zambrano
Demandado(s): Nación- Min educación -Fomag- DIEP Barranquilla
Decisión: Sentencia

EDGARDO MANUEL ATENCIO ROYERO
JUEZ

Firmado Por:

Edgardo Manuel Atencio Royero

Juez

Juzgado Administrativo

Oral 003

Barranquilla - Atlantico

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: **ea87ac3339c83962dd5b102a02b2fd4bc19d8ef388b5a365cfc66befbd8f9328**

Documento generado en 15/11/2023 11:33:16 AM

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