



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A
Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez**

Bogotá D.C., 4 de octubre de 2018

Radicación: 08001-23-31-000-2014-00183-01
Número interno: 2862-2017
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Elizabeth Mendoza Fadul
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional y otros

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-184-2018

ASUNTO

La Subsección decide los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y por el municipio de Sabanalarga, en calidad de demandado, contra la sentencia del 3 de febrero de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, Sala Oral A, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora Elizabeth Mendoza Fadul, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; departamento del Atlántico; y municipio de Sabanalarga.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba;¹ en esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo.²

En el presente caso, en folios 213 (CD), 217 y 218, se advierte que el *a quo* resolvió las siguientes excepciones previas:

«[...] PRESCRIPCIÓN [...] debe ser resuelta en la sentencia, y no en la audiencia inicial, dada su característica de atacar el derecho sustancial, y no el procedimiento formal de la demanda. Por lo tanto, este Tribunal siguiendo los lineamientos del Consejo de Estado, estudiará la excepción planteada en la sentencia.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA [...] al entrar a determinar las (sic) legitimidad de cada una de las entidades accionadas, no es una situación que deba debatirse de manera incidental sino, que debe ser producto del análisis de las pruebas que obran en el expediente, es decir de un estudio de fondo del caso. En este momento procesal no podríamos entrar a estudiar la legitimidad de cada una de las entidades demandadas, porque de alguna forma nos estaríamos pronunciando acerca de las pretensiones de la demanda, en todo caso al proferirse la sentencia, en la misma se determinará quién asume la responsabilidad en el evento de un fallo condenatorio [...]

¹ Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

² Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.

CADUCIDAD [...] la demanda fue presentada el 21 de marzo de 2014 [...] si tomamos como fecha de referencia para el cómputo de la caducidad el día 26 de noviembre de 2013, se tiene que el actor tenía hasta el 26 de marzo de 2014, para presentar la demanda; sin embargo; el trámite de conciliación se llevó a cabo entre el 7 de febrero de 2014 a 20 de marzo de 2014, suspendiendo así el término de caducidad. En ese orden de ideas, surge con claridad que la demanda fue presentada dentro de la oportunidad legal [...]»

La decisión quedó notificada en estrados y las partes no interpusieron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última.³

En el *sub lite* se fijó el litigio respecto los hechos relevantes de la demanda, las pretensiones, las contestaciones de la demanda y el problema jurídico, así:

«[...] El problema jurídico se circunscribe en determinar si el actor le asiste o no el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de sus cesantías en los años 2001, 2002 y 2003. E igualmente, determinar en caso de acceder a las pretensiones de la demanda, quién debe asumir la condena [...]»

La decisión fue notificada en estrados, las partes no presentaron recursos.

SENTENCIA APELADA⁴

El Tribunal Administrativo del Atlántico, Sala Oral A, en sentencia escrita de 3 de febrero de 2017, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

³ Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

⁴ Folios 304 a 343.

Inicialmente, realizó un estudio sobre la naturaleza y la normatividad que rige tanto el auxilio de cesantías como la sanción moratoria, distinguiendo las particularidades de estas en el régimen de liquidación anual que consagra la Ley 50 de 1999 y en el retroactivo que prevé la Ley 244 de 1996.

Al estudiar el caso concreto, indicó que la demandante se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el 19 de agosto de 2005, por lo que la competencia para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías le correspondía al Ministerio de Educación Nacional, sin perjuicio de que, por ley, el trámite haya sido asignado a las Secretarías de Educación de la respectiva entidad territorial.

En cuanto a las cesantías de las anualidades 2001 a 2002, precisó que no existía prueba de que el municipio de Sabanalarga hubiese girado los dineros al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, luego se dan los presupuestos para acceder al reconocimiento y pago de la sanción que consagra el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable por disposición de la Ley 344 de 1996 y del Decreto 1582 de 1998. En ese sentido, señaló que la sanción moratoria se generó a partir del 15 de febrero de 2002 pero como la solicitud se presentó el 14 de noviembre de 2013, la causada con anterioridad al 14 de noviembre de 2010 estaba prescrita.

Por tal razón, condenó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al municipio de Sabanalarga, Atlántico, a pagar la sanción moratoria a partir del 14 de noviembre hasta la fecha en que se haga la consignación de los auxilios de cesantías con el salario que devengó la señora Elizabeth Mendoza Fadul en el año 2002, sin que en ningún caso haya lugar a tantas sanciones como anualidades en mora.

De otro lado, sostuvo que la actora había ingresado a la planta de personal de la Gobernación del Atlántico a partir de 2003, fecha desde la cual la entidad cumplió con la obligación de reportar las cesantías respectivas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Indicó que aunque no existía prueba en el expediente que permitiese verificar la fecha exacta de consignación, tampoco estaba acreditado que esta hubiere tenido lugar en un momento diferente al que por ley correspondía. Agregó que, si en gracia de discusión se aceptara la tardanza en la consignación de las cesantías del año 2003, no habría lugar al reconocimiento de sanción moratoria pues, si se tiene en cuenta que la reclamación se efectuó en 2013, aquella estaría prescrita.

En cuanto a la excepción propuesta por el municipio de Sabanalarga según la cual no le era posible el pago de la sanción moratoria a raíz de su no inclusión como acreencia en el acuerdo de restructuración de pasivos del que estaba siendo objeto, señaló el *a quo* que la protección de los derechos laborales era una prioridad no solo en cuanto a las acreencias que se presentaban con anterioridad al inicio de la negociación, sino de todas las que se causen a lo largo del proceso de restructuración. En tal sentido, se apoyó en la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual las obligaciones preexistentes al acuerdo deben cumplirse con sujeción a las rebajas, plazos, prórrogas, disminución de intereses, sin que en ningún caso se admita que el deudor insolvente las desconozca.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

Demandante⁵

En el recurso de alzada expuso que la sentencia recurrida no debió haber declarado la prescripción como quiera que la sanción moratoria por la no consignación oportuna de cesantías es ajena a dicho fenómeno. Agregó que el criterio jurisprudencial que siguió el *a quo* fue el consignado en sentencia de unificación CE-SUJ004 proferida el 25 de agosto de 2016, por lo tanto, al no haber estado vigente al momento de presentación de la demanda, no resulta aplicable al caso.

En ese orden de ideas, adujo que los cambios jurisprudenciales regían a futuro pues lo contrario implicaría la vulneración de los derechos de la demandante a la igualdad, acceso a la administración de justicia y seguridad jurídica.

De otro lado, consideró que la providencia impugnada debió haber condenado al departamento del Atlántico al pago de la sanción moratoria de 2003 ya que en el expediente no existía constancia de la consignación oportuna de las cesantías correspondientes a dicha anualidad.

Finalmente, adujo que, contrario a lo expuesto por el sentenciador de primera instancia, la sanción moratoria en cuestión debe reconocerse para cada anualidad en mora de manera separada ya que así se consultan los principios de proporcionalidad y equidad.

⁵ Folios 353-360.

Municipio de Sabanalarga⁶

Como fundamento del recurso presentado, explicó que se encontraba en imposibilidad de cancelar las cesantías adeudadas al demandante y la sanción moratoria debido a que dichas acreencias no fueron presentadas en el contexto de la promoción del acuerdo de reestructuración de pasivos que adelantó la entidad territorial con fundamento en la Ley 550 de 1999.

Además, indicó que en el presente asunto no es aplicable la Ley 344 de 1996 ya que el sector educativo tiene un régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989, última que asigna el reconocimiento de prestaciones sociales y régimen pensional al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que sea dable la afiliación de dichos funcionarios a fondos particulares.

Asimismo, consideró que la Ley 50 de 1990 no era aplicable al caso ya que el artículo 88 de la Ley 1328 de 2009 la había modificado al prever que toda sanción por mora a cargo del Estado debía tenerse como interés de mora, sin poder exceder el doble del interés bancario corriente.

Por último, afirmó coadyuvar el salvamento de voto de la magistrada Judith Romero, sin embargo en el presente caso no hubo tal ya que la mencionada juez se encontraba en comisión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Demandante⁷

Su pronunciamiento en esta oportunidad procesal estuvo dirigido a desvirtuar los argumentos expuestos por el municipio de Sabanalarga en su recurso de apelación.

En primer lugar, sostuvo que a la demandante, en calidad de docente del orden territorial, le era aplicable la Ley 344 de 1996 en lo relativo al pago de cesantías pues así lo dispuso el artículo 1.º del Decreto 1252 de 2000. En consecuencia, señaló que resultaba procedente el reconocimiento y pago de la sanción moratoria

⁶ Folios 372-375.

⁷ Folios 413-415.

a los docentes oficiales y que así lo sostenía la jurisprudencia del Consejo de Estado⁸.

Seguidamente, agregó que el salvamento de voto que manifestó coadyuvar la contraparte carece de fundamento, pues en la actualidad la magistrada que lo abanderó acogió el criterio sentado por la Corte Constitucional en sentencia SU336 de 2017, en la que se prevé la aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 a los docentes.

De otro lado, se opuso a la excepción propuesta por el municipio consistente en la imposibilidad de cancelar la sanción moratoria en virtud de no estar incluida como una acreencia en el proceso de reestructuración de pasivos. Al respecto, consideró que no era obligación suya presentar el crédito en comento pues la referida obligación corresponde por ley al empleador, siendo este quien debió incluirla *motu proprio*. Sin embargo, indicó que, en todo caso, su no inclusión en el acuerdo no era una excusa válida para evadir la responsabilidad que le competía en el cumplimiento de sus obligaciones.

Finalmente, en punto al argumento del municipio referido a la inaplicabilidad del artículo 99 de la Ley 50 de 1999 a raíz de lo dispuesto en la Ley 1328 de 2009, señaló que se trataba de una interpretación errada de la entidad territorial. Lo anterior porque, en su criterio, lo que pretende la última de estas normas es que, cuando haya lugar a salarios moratorios, como el que consagra el referido artículo 99, estos deben tenerse como intereses de mora, por lo que no habría lugar a la liquidación de estos en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁹

En sus alegatos de conclusión, afirmó que el pago de las prestaciones a cargo del FNPSM estaba supeditado a la disponibilidad presupuestal que tuviera la Previsora S.A. en calidad de administradora de los recursos del fondo. Además, precisó que, en virtud de la Ley 91 de 1989, el trámite de las solicitudes de prestaciones sociales de los docentes correspondía a las secretarías de educación, significando con ello que al fondo no le cabía responsabilidad alguna por los hechos objeto de controversia.

⁸ Aludió a las sentencias de 14 de septiembre de 2017 (expediente 1732-2015) y de 9 de octubre de 2017 (4488-2015).

⁹ Folios 460-468.

De otro lado, señaló que la jurisprudencia de lo contencioso administrativo y de tutela era clara al establecer que el auxilio de cesantía de los docentes se encontraba regulado de manera exclusiva en la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, circunstancia que excluía a estos funcionarios de la aplicación de los regímenes de cesantías previstos en normas generales como las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996, 244 de 1995 y 1071 de 2006. En ese orden de ideas, consideró que, como la normativa aplicable no consagraba la sanción moratoria a favor de los docentes, no había lugar a su reconocimiento.

Municipio de Sabanalarga¹⁰

Hizo uso de esta oportunidad procesal para reiterar los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Departamento del Atlántico

Se abstuvo de pronunciarse en esta oportunidad procesal.

MINISTERIO PÚBLICO

No presentó concepto en esta instancia.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹¹, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

¹⁰ Folios 469-471.

¹¹ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o

Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos que se deben resolver en esta sentencia se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿A la señora Elizabeth Mendoza Fadul le es aplicable el régimen anualizado de liquidación de cesantías y sin retroactividad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989? Y, en caso afirmativo, ¿Le es dable el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990?
2. ¿La sanción moratoria por no la consignación oportuna de las cesantías está sujeta al fenómeno de la prescripción?
3. ¿Está acreditado el cumplimiento de la obligación de reportar el auxilio de cesantías de la demandante correspondiente al año 2003?
4. ¿La sanción moratoria que consagra la Ley 50 de 1990 se debe reconocer separadamente por cada anualidad en que la entidad empleadora incurra en mora?
5. ¿A qué entidad corresponde el restablecimiento del derecho de la demandante?
6. ¿La no inclusión de la acreencia a favor de la demandante en el acuerdo de reestructuración de pasivos que adelantó el municipio de Sabanalarga con fundamento en la Ley 550 de 1999, exime a la entidad territorial de su reconocimiento y pago?

Primer problema jurídico

¿A la señora Elizabeth Mendoza Fadul le es aplicable el régimen anualizado de liquidación de cesantías y sin retroactividad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989? Y, en caso afirmativo, ¿Le es dable el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990?

1.1. Régimen de cesantías aplicable a los empleados públicos.

se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

La Ley 6ª de 1945 en el artículo 17 señaló que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1.º de enero de 1942¹².

Mediante el Decreto 2767 de 1945 se determinaron las prestaciones sociales de los empleados departamentales y municipales y, el artículo 1.º les hizo extensivas las prestaciones consagradas por el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, lo cual incluyó el auxilio de cesantías¹³. Y en el artículo 6 de la misma ley se señalaron las situaciones que se tendrían como despido para efectos de la liquidación del auxilio.

Por su parte, la Ley 65 de 20 de diciembre de 1946 modificó las disposiciones sobre cesantías y en el artículo 1.º extendió dicho beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios y, el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946 dictó normas sobre prestaciones a favor de los empleados oficiales, y definió los parámetros para la liquidación de las cesantías¹⁴.

El Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947 señaló el mismo derecho para los empleados al servicio de la Nación de cualquiera de las ramas del poder público, sin importar si se encontraban inscritos en carrera administrativa o no, y sea cual fuere la causa de su retiro.

Este régimen de cesantías tenía un carácter retroactivo, por cuanto tenía en cuenta, para efectos de liquidar la prestación por todo el tiempo de servicio, el último sueldo devengado.

¹² ARTICULO 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

a).Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1o. de enero de 1942. [...]

¹³ Artículo 1.º Con las solas excepciones previstas en el presente decreto, los empleados y obreros al servicio de un Departamento, Intendencia, Comisaría o Municipio tiene derecho a la totalidad de las prestaciones señaladas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, y el artículo 11 del Decreto 1600 del mismo año para los empleados y obreros de la Nación. A la entidad que alegue estar comprendida en uno de los casos de excepción, de corresponderá probarlo.”

¹⁴ El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la Nación, los Departamentos y los Municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce meses.

Mediante el Decreto 3118 de 1968 se creó el Fondo Nacional de Ahorro, FNA, como un establecimiento público, vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico. Dentro de sus objetivos, el artículo 2.º señaló:

«[...]

- a. Pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales;
 - b. Proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria, mediante el reconocimiento de intereses sobre las sumas acumuladas a favor del empleado o trabajador;
 - c. Contribuir a la solución del problema de vivienda de los servidores del Estado;
 - d. Contribuir a la mejor organización y funcionamiento de los sistemas de seguridad social y a la futura unificación de sus servicios;
 - e. Saldar el déficit actual por concepto de cesantías del sector público y establecer sistemas adecuados y reservas suficientes para atender oportunamente el pasivo a cargo del Estado por tal concepto, y
 - f. Promover el ahorro nacional y encauzarlo hacia la financiación no inflacionaria de proyectos de especial importancia para el desarrollo económico y social.
- [...]»

En el mencionado decreto se determinó que se debían liquidar y entregar al Fondo Nacional de Ahorro las cesantías de empleados públicos y trabajadores oficiales de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden Nacional, excepto las de los miembros de las Cámaras Legislativas, de los empleados de las mismas, de los miembros de las Fuerzas Militares, la Policía y el personal civil del ramo de la Defensa Nacional.

Respecto a la liquidación de las cesantías el artículo 27 del citado Decreto 3118 de 1968, señaló:

«[...] Liquidaciones anuales. Cada año calendario contado a partir del 1 de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados.

La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador [...]»

Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 empezó en el sector público el desmonte de la llamada retroactividad de las cesantías para dar paso a un sistema de liquidación anual, proceso que continuó con las disposiciones que modificaron la naturaleza y cobertura del Fondo Nacional del Ahorro y permitieron la vinculación a los empleados de las entidades territoriales y sus entes descentralizados (Ley 432 de 1998 y Decreto 1453 de 1998).

A su vez, el artículo 13 de la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996¹⁵ señaló que a partir de su publicación¹⁶, las personas que se vincularan a las entidades del Estado, tendrían un régimen anualizado de cesantías, en virtud del cual, la liquidación definitiva de estas debía realizarse el 31 de diciembre de cada año. Sobre el particular, indicó la norma:

«[...] 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.» (Negrillas fuera del texto original)

Posteriormente, se expidió el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, reglamentario de la anterior ley, que hizo extensivo el régimen anualizado de cesantías contemplado en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 a los servidores públicos de nivel territorial que se hubiesen vinculado a partir del 31 de diciembre de 1996 y que se afiliaran a un fondo privado de cesantías, en los siguientes términos:

«Artículo 1º.- **El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990**; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

¹⁵ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones».

¹⁶ Publicada en el Diario Oficial No. 42.951 de 31 de diciembre de 1996.

Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998.» (Negrillas fuera del texto original)

El régimen creado por la Ley 50 de 1990 estableció, respecto de aquellas relaciones laborales sujetas al Código Sustantivo del Trabajo, un sistema de liquidación anual de cesantías (1 de enero y el 31 de diciembre de cada año) o fracción correspondiente conforme al cual esta prestación debe ser consignada por el empleador en el fondo privado de cesantías de elección del trabajador a más tardar cada 14 de febrero, so pena de tener que reconocerle a este último un día de salario por cada día de retraso a título de sanción. Sobre el particular, señala el artículo 99 *ejusdem*:

«[...]

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.**

4ª. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

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

6ª. Los Fondos de Cesantía serán administrados por las sociedades cuya creación se autoriza, y cuyas características serán precisadas en los decretos que dicta el Gobierno Nacional, en orden a:

Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;

Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.

7ª. Todos los aspectos que no se modifiquen específicamente por esta Ley, continuarán regulados por las normas vigentes del régimen tradicional relativas al auxilio de cesantía.

Parágrafo.- En el evento que los empleadores deban efectuar la liquidación y consignación de la cesantía a que se refiere este artículo y no existan suficientes Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantías autorizadas para funcionar, el Gobierno Nacional podrá transitoriamente autorizar a otras entidades u ordenar a las instituciones financieras con participación estatal mayoritaria para que cumplan las funciones de Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía [...]

» (Negrilla fuera del texto original)

De lo anterior se concluye que como requisitos de aplicabilidad de la Ley 50 de 1990 en materia de cesantías a los servidores públicos se tienen: (i) nivel territorial (ii) vinculación a partir del 31 de diciembre de 1996 (iii) la afiliación a un fondo privado.

Por su parte, el Decreto 1252 de 30 de junio de 2000 en el artículo 2.º, conservó el régimen de cesantías retroactivas para los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000 lo disfrutaban, hasta la terminación de la vinculación laboral.

En el mismo sentido, el Decreto 1919 de 27 de agosto de 2002, que extendió el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, a los servidores del orden territorial, en el artículo 3 previó: «[...] Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000 [...]».

1.2. Régimen de cesantías de los docentes

Conforme a lo señalado por esta Corporación¹⁷, 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. [...]»

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 19 de enero de 2015, Consejero ponente Gustavo Gómez Aranguren, número interno 4400-2013; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 25 de marzo de 2010, Consejero ponente Gustavo Gómez Aranguren, número interno 0620-2009.

Así mismo, en el párrafo del artículo 2 *ibidem* 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 señaló el régimen aplicable a los docentes que la misma norma calificó como territoriales, lo cierto es que el artículo 4 *ejusdem* 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 1.º de enero de 1990, el artículo 15 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.º 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 [...]**» (Negrillas fuera del texto original)

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.º de enero de 1990 «lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, 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, de conformidad con la mencionada Ley 344 de 1996 y la Ley 91 de 1989.

Posteriormente, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993¹⁸ señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporaran a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y los de las nuevas vinculaciones sería el reconocido por la Ley 91 de 1989, es decir, para estos docentes señaló el régimen consagrado en dicha norma.

¹⁸ «Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones».

Así mismo, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal¹⁹ 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 1994²⁰, al limitar el régimen especial de los educadores estatales, indicó que era el que allí se señalaba y el previsto en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

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 lo 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.

De lo explicado en precedencia, es viable concluir que, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, los docentes cuya vinculación tenga o haya tenido lugar a partir del 1.º de enero de 1990, **quedan sometidos a las normas vigentes que regulan a los empleados públicos del orden nacional**, a quienes en materia de cesantías se les aplica un sistema anualizado, sin retroactividad y con derecho al pago de intereses.

Quiere decir lo anterior que no solo por el hecho de que un docente haya sido designado con posterioridad al 1.º de enero de 1990 por el alcalde o gobernador, este adquiere el carácter de territorial regido por normas prestacionales de dicho orden aplicables antes de la Ley 91 de 1989, sino que esta prerrogativa solo cobijó a quienes cumplieran las condición de ser nombrados sin el cumplimiento de las previsiones del artículo 10²¹ de la Ley 43 de 1975.

Los demás designados a partir de 1990, ingresaron a la categoría de docentes nacionales, pese a que fueran designados por el representante de la entidad

¹⁹ Docentes designados por los entes territoriales sin el cumplimiento de las previsiones del artículo 10 de la Ley 43 de 1975, esto es, en plazas nuevas que no contaran con el aval de la Nación, los que conservaban el régimen prestacional de cada entidad territorial.

²⁰ «Por la cual se expide la ley general de educación».

²¹ ARTÍCULO 10.- En adelante ningún Departamento, Intendencia o Comisaría, ni el Distrito Especial, ni los Municipios, podrán, con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria; ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional.

territorial, lo que significa que, en materia de prestaciones, se sujetan a la normativa propia de los empleados públicos del orden nacional. Por consiguiente, a estos educadores no les son aplicables los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, que consagran la sanción moratoria por consignación tardía de las cesantías, ya que la aplicabilidad de estas normas fue limitada por el artículo 1 del Decreto 1582 de 1998 a «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».

En efecto, tal ha sido el criterio de las Subsecciones que componen la Sección Segunda del Consejo de Estado al sostener que el hecho de que el nombramiento sea efectuado por el representante legal de la respectiva entidad territorial, no le otorga la calidad de docente de este orden, de manera que a este personal se le aplica el régimen prestacional y salarial de los empleados públicos del orden nacional. Sobre el particular, en sentencia del 19 de octubre de 2017 precisó esta Sala:

«[...] a pesar de que el demandante fue nombrado por el gobernador del Departamento del Cesar como docente del municipio de Valledupar en el año de 1994, este nombramiento se realizó: i) con posterioridad al proceso de nacionalización desarrollado por la Ley 43 de 1975 «inició el 1.º de enero de 1976 y finalizó el 31 de diciembre de 1980»; ii) con las facultades legales otorgadas por el artículo 9.º de la Ley 29 de 1989 a los alcaldes y gobernadores para nombrar, trasladar, remover, controlar y, en general administrar el personal docente y administrativo de los establecimientos educativos nacionales o nacionalizados.

Ahora bien, una vez que finalizó el proceso de nacionalización de la educación, al personal docente incorporado o vinculado a las plantas de personal del servicio educativo departamental o municipal, se les aplica el régimen prestacional y salarial de los docentes del orden nacional señalado en la Ley 91 de 1989, toda vez que las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994 mantuvieron las previsiones contempladas en la Ley 91 de 1989 para todos los docentes que se incorporen sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones a las plantas departamentales y distritales.

De igual manera, no es posible equiparar las condiciones salariales y prestacionales de docentes a la de los demás empleados del régimen general territorial o a aquellos que conservaron esta condición con anterioridad a la Ley 91 de 1989, en tanto que los docentes ostentan un régimen especial y en esa medida gozan de unas previsiones especiales en cuanto a ingreso, ascenso y prestaciones, independientemente de su carácter.

Finalmente, no le asiste razón a la parte demandante al señalar que por ser un docente vinculado con anterioridad a la expedición de la Ley 344 de 1996, tiene

derecho a que las cesantías le sean liquidadas retroactivamente, ello, toda vez porque el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 excluyó de su aplicación a los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989, es decir, a partir del 1.º de enero de 1990.

En conclusión: En el presente asunto, toda vez que el demandante se vinculó como docente con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, se le aplica para el reconocimiento de cesantías las normas vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses [...]»²²

1.3. Caso concreto

Dentro del expediente se encuentran las siguientes pruebas relevantes a efectos de resolver la controversia planteada:

- Decreto 00182 del 26 de diciembre de 2000 por medio del cual se nombró en propiedad a la demandante en el cargo de docente en el área de sociales, en la institución básica ampliada del corregimiento de Cascaja²³.
- Acta de posesión 100 del 28 de diciembre de 2000 en la que consta que, en tal fecha, la señora Elizabeth Mendoza Fadul se posesionó del mencionado cargo²⁴.
- Certificación de 27 de abril de 2015 expedida por la Secretaría de Educación del Atlántico según la cual, la actora fue incorporada a la planta de docentes del departamento del Atlántico a través del Decreto 00429 de 13 de octubre de 2004, a través del cual el gobernador del departamento del Atlántico incorpora a la planta única de docentes del ente territorial, financiado con recursos del Sistema General de Participaciones a partir del 1 de enero de 2003, a los 120 educadores del municipio de Sabanalarga, que concursaron en el año 2000. De igual manera, se evidencia que, de acuerdo a la fecha de su nombramiento, la vinculación laboral de la demandante fue efectuada por el municipio²⁵.
- Extracto de cesantías del 29 de mayo de 2012, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio del que se desprende que dicha prestación le fue liquidada a la demandante bajo el sistema anual y

²² Sentencia del 19 de octubre de 2017; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A; expediente 5010-15; actor: Alfredo Antonio Marriaga Valencia. Véase también la sentencia del 5 de julio de 2018, Sección Segunda, Subsección B, expediente 2382-2016.

²³ Folio 17.

²⁴ Folio 16.

²⁵ Folios 236 y 237.

sin retroactividad a partir del año 2003 y hasta 2011²⁶

AÑO	CESANTIA	ACUMULADO	INTERES	FECHA
2003	1,060,304	1,060,304	0	
2004	1,087,743	2,148,047	0	
2005	1,203,520	3,351,567	240,978	5/10/06
2006	1,064,512	4,416,079	289,695	9/03/07
2007	1,517,446	5,933,525	490,109	10/03/08
2008	1,410.777	7,344,302	737,368	06/04/09
2009	1,734,466	9,078,768	196,263	30/03/10
2010	2,104,517	11,183,285	203,691	10/03/11
2011	2,403,388	13,586,673	352,810	21/03/12

• La

señora Elizabeth Mendoza Fadul solicitó el pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de sus cesantías correspondientes a los años 2001, 2002 y 2003 así: al municipio de Sabanalarga²⁷ el 19 de noviembre de 2013, al gobernador del departamento del Atlántico²⁸ el día 14 y al Ministerio de Educación Nacional²⁹ el 15, del mismo mes y año.

- Oficio del 25 de noviembre de 2013 proferido por el alcalde municipal de Sabanalarga en el que da respuesta a la petición antedicha señalando que «[...] nuestra administración no está obligado a ello por cuanto ha venido cancelando los Auxilios de Cesantías a los empleados y además lo pretendido no forma parte de las acreencias que están incluidas en el proceso de reestructuración de pasivos [...]»³⁰.
- Oficio 4357 del 2 de diciembre de 2013 expedido por el secretario de educación departamental del Atlántico³¹ en el que puede leerse:

«[...] se advierte que usted fue nombrada como docente mediante el Decreto 182 del 26 de noviembre de 2000, expedido por el Alcalde del Municipio de Sabanalarga (Atl.), posesionada el día 28 de diciembre de 2000, afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por el Municipio de Sabanalarga- Atl., el 19 de agosto de 2005, como docente con vinculación Municipal [...] En ese orden de ideas, las cesantías por los años 2001 y 2002, que corresponden a los pasivos prestacionales a cargo del Ente Territorial, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que no han sido

²⁶ Folio 239.

²⁷ Folio 29.

²⁸ Folio 20.

²⁹ Folios 21 y 22.

³⁰ Folio 23.

³¹ Folios 25 y 26.

aportados a este, es responsabilidad del Municipio de Sabanalarga – Atlántico [...] Frente a la indemnización o sanción moratoria por el no giro oportuno de las cesantías al Fondo, el Decreto 1582 de 1998, hace extensivo el Art. 99 de la Ley 50 de 1990, solo a los empleados públicos afiliados a un FONDO PRIVADO, pero NO al régimen especial de los educadores oficiales establecido en la ley 91 de 1989.»

- Oficio 2013EE81046 del 21 de noviembre de 2013, mediante el cual el Ministerio de Educación Nacional responde la petición elevada por la actora manifestando que dará traslado de la misma a la Secretaría de Educación del Atlántico³².

Establecido lo anterior, no ofrece duda el hecho de que la demandante fue nombrada en propiedad en el cargo de docente, por el alcalde del municipio de Sabanalarga, a través del Decreto 00182 del 26 de diciembre de 2000, cargo del que tomó posesión el 28 de diciembre de 2000. A partir del 1.º de enero de 2003 fue incorporada a la planta del departamento del Atlántico, financiado con recursos del Sistema General de Participaciones constituido por los recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política a las entidades territoriales

Así las cosas, la fecha de vinculación como docente oficial de la señora Elizabeth Mendoza Fadul permite establecer que le es aplicable el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por cuya virtud, a los educadores que se vinculen desde el 1.º de enero de 1990, siendo indiferente que sean nacionales o nacionalizados, se les aplica la normativa vigente para los empleados públicos del orden nacional.

En ese orden de ideas, que el nombramiento de la demandante lo hubiere realizado el alcalde del municipio de Sabanalarga, no le otorga carácter de docente del orden territorial y, por consiguiente, no resulta viable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a efectos de reconocerle la sanción moratoria allí prevista. Como se anunció, por mandato del artículo 1.º del Decreto 1582 de 1998, esta indemnización únicamente se hizo extensiva a **los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 y afiliados a fondos privados de cesantías.**

En conclusión, a la señora Elizabeth Mendoza Fadul le es aplicable el régimen anualizado de liquidación de cesantías y sin retroactividad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, motivo por el cual no es dable el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 en tanto no satisface los requisitos de vinculación a un fondo privado de administración de cesantías ni la calidad de

³² Folio 27.

docente territorial.

Así las cosas, la Sala queda relevada del estudio de los demás problemas jurídicos.

Decisión de segunda instancia

Por tal motivo, se revocará la sentencia proferida el 3 de febrero de 2017 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, Sala Oral A, que declaró la nulidad de los actos demandados y condenó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al municipio de Sabanalarga al reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. En su lugar, se denegarán las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Revóquese la sentencia de 3 de febrero de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, Sala Oral A, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que instauró la señora Elizabeth Mendoza Fadul en contra del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el departamento del Atlántico y el municipio de Sabanalarga. En su lugar, deniéguense las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen previas las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ