



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B
CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 24 de agosto de 2018

Radicación: 08001-23-33-000-2014-00174-01.

No. Interno: 1653-2016.

Demandante: Ángel María Mendoza Muñoz.

Demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, departamento del Atlántico y municipio de Sabanalarga.

Asunto: Docente – Sanción moratoria artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011

I. ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el departamento del Atlántico y la Nación – Ministerio de Educación Nacional - FOMAG, contra la sentencia del 13 de noviembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala Oral A, por la cual se condenó a las entidades demandadas, al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990¹, por la no consignación oportuna de las cesantías correspondientes a las anualidades de 2001, 2002 y 2003.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

2. El señor Ángel María Mendoza Muñoz, a través apoderado judicial legalmente constituido, en ejercicio del medio de control de nulidad y

¹ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

[...]

Artículo 99º.- 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.

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.»

restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011, demandó a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio², al departamento del Atlántico y al municipio de Sabanalarga³.

2.1.1 Pretensiones.

a. Declarar la nulidad de los actos administrativos por los cuales se le negó el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 y demás normas complementarias, los cuales se enuncian a continuación⁴:

1) Oficio del 28 de octubre de 2013⁵, expedido por el alcalde municipal de Sabanalarga.

2) Oficio 4154 del 21 de noviembre de 2013⁶, proferido por el secretario de educación departamental del Atlántico.

b. En consecuencia de la anterior declaración y como restablecimiento del derecho, solicitó condenar a las entidades demandadas, a título de sanción moratoria, a un día de salario por cada día de retardo en el incumplimiento en **la consignación de las cesantías por las anualidades del 2000, 2001, 2002 y 2003.**

² En adelante FOMAG.

³ Demanda presentada el 21 de marzo de 2014. Folios 2 a 12 del expediente.

⁴ Según se observa del escrito de subsanación de la demanda que obra a folio 36 a 38 del expediente.

⁵ Según se observa a folio 23.

⁶ Según se observa a folios 25 a 26.

c. Condenar a las entidades demandadas a la indexación de los valores que resulten de la condena y los intereses moratorios, de conformidad con los artículos 187 incisos 4 y 192 del CPACA.

3. Las anteriores pretensiones se sustentan en los siguientes hechos relevantes que se extraen de la demanda y de los documentos aportados con esta⁷:

2.2. Fundamentos fácticos.

a. El demandante manifestó que fue vinculado como docente de la planta del municipio de Sabanalarga desde el 28 de diciembre de 2000, y en el 2003 fue asimilado al departamento del Atlántico, inscrito en el Escalafón Nacional Docente, grado 11^o, sin que le consignaran sus cesantías correspondientes a las anualidades de 2000, 2001, 2002 y 2003 dentro del plazo legal previsto para el régimen anualizado⁸.

b. Adujo que debido al incumplimiento de las entidades demandadas, se hicieron acreedoras de la sanción moratoria desde la fecha en que se hizo exigible la obligación laboral, sin que a actualmente se haya efectuado la consignación o el pago del valor adeudado por concepto de la prestación social.

⁷ Folios 5 y 6 del expediente.

⁸ «Conjunto normativo de la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 de 1998 y remisión a la normatividad del artículo 99 a 104 de la Ley 50 de 1990, que regula el régimen legal de cesantías de estos trabajadores.»

c. Indicó que por lo anterior, elevó peticiones el 24, 25 y el 28 de octubre de 2013, ante las entidades demandadas, con el objeto de obtener el reconocimiento de la aludida sanción, frente las cuales se expidieron los actos administrativos acusados a través del presente medio de control.

2.3. Normas violadas y concepto de violación.

4. Invocó como normas desconocidas las siguientes disposiciones⁹: artículos 13, 29, 53 y 209 de la Constitución Política; 13 de la Ley 344 de 1996; 1 del Decreto 1582 de 1998; numeral 3, artículo 99 de la Ley 50 de 1990; 21 y ss. del Decreto 1063 de 1991; numeral 3º del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil; y 83, 138, 187, 188, 192 y 195 del CPACA.

5. Señaló que no es cierta la motivación de los actos demandados atinente a la carencia de los recursos, por lo que desconocieron el mandato constitucional previsto en el artículo 53 Superior, relativo a la irrenunciabilidad mínima de las garantías laborales.

6. Arguyó que las decisiones de la administración fueron expedidas con infracción del artículo 13 de la Ley 344 de 1996¹⁰, toda vez que a partir de la

⁹ Folios 7 y 8 del expediente.

¹⁰ «por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.

[...]

Artículo 13º.- 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:[...]

vigencia de la citada ley, se contempló que las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado serían beneficiarios del régimen anualizado de cesantías, y del Decreto reglamentario 1582 de 1998¹¹ que extendió la sanción moratoria de dicho sistema prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990¹² en el evento en que no se efectúe la consignación del valor liquidado anualmente con anterioridad al 14 de febrero de cada año, a los servidores públicos del nivel territorial que ingresaran con posterioridad al 31 de diciembre de 1996.

2.4. Contestación de la demanda.

7. El **municipio de Sabanalarga**, se opuso a las pretensiones de la demanda¹³, al considerar que la administración no tiene certeza sobre el derecho reclamado por el demandante, pues lo solicitado por este no aparece enlistado en las acreencias incorporadas en el proceso de reestructuración celebrado con fundamento en la Ley 550 de 1999¹⁴, por lo que no es procedente la sanción moratoria pretendida, en tanto las

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;

¹¹ « por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia.»

¹² « Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

[...]

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

1º. 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.

2º. 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.

3º. 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.»

¹³ Folio 63 a 67 del expediente.

¹⁴ «por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley.»

obligaciones objeto de inclusión en el mencionado acuerdo serán aquellas existentes dentro de los estados financieros de la entidad territorial, y las que fueron reclamadas por los interesados dentro de las oportunidades legales que contempla la citada disposición, las cuales fueron desestimadas por el actor.

8. En igual sentido, adujo que las disposiciones que consagran la penalidad pretendida no son aplicables a los docentes del sector oficial, por cuanto se encuentran regulados por la Ley 91 de 1989¹⁵, normativa que no consagra la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías.

9. Manifestó que conforme al artículo 88 de la Ley 1328 de 2009¹⁶, la sanción por mora no podrá exceder el doble del interés bancario corriente vigente a la fecha establecida para el pago; y finalmente, propuso la excepción de prescripción trienal de todos los derechos no reclamados dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad.

10. El **departamento del Atlántico**, frente a los hechos expuestos¹⁷, señaló que no es el llamado a responder las pretensiones de la demanda y que es contrario a la ley que pretenda endilgársele dicha responsabilidad, pues la vinculación del docente es de carácter municipal tal como consta en su

¹⁵ «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»

¹⁶ «Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.

[...]

ARTÍCULO 88. INTERESES CON CARGO A OBLIGACIONES DE LA NACIÓN. En todos los eventos en los que la Nación o las entidades públicas, de cualquier orden, deban cancelar intereses por mora causados por obligaciones a su cargo, la indemnización de perjuicios o la sanción por mora no podrá exceder el doble del interés bancario corriente vigente al momento de la fecha establecida legalmente para realizar el pago.

De igual forma, toda suma que se cobre a la Nación o a las entidades públicas como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria adeudada en virtud de un mandato legal se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación.»

¹⁷ Folios 78 a 86 del expediente.

decreto de nombramiento, y en tal virtud, conforme al artículo 122 Superior, sus prestaciones sociales se encontraban debidamente contempladas dentro de del presupuesto de ingresos y gastos municipio de Sabanalarga.

11. Expuso que a partir del 1 de enero de 2003, con la expedición de la Ley 715 de 2001¹⁸, el personal de las instituciones educativas de los municipios no certificados, fue asumido por el departamento del Atlántico, por lo que las cesantías de periodos anteriores a esa fecha de conformidad con el artículo 1 del Decreto 3752 de 2003¹⁹, debieron ser atendidas por el municipio que lo vinculó como docente, razón por la cual, propuso como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva.

12. Arguyó que en cumplimiento del artículo 4 *ibídem*, a partir del 17 de noviembre de 2005, se afilió al señor Mendoza Muñoz al FOMAG, y en tal virtud las obligaciones relativas a cesantías desde el 1 de enero de 2003, fueron consignadas en el fondo y en tal virtud, no son objeto de reclamación el presente asunto, con excepción de la anualidad de 2003, que se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción.

13. Propuso también como excepciones las que denominó, i) prescripción trienal frente a cada anualidad reclamada; y ii) ineptitud de la demanda, en tanto la parte actora se limitó solamente a reclamar una pretensión accesorio como lo es la sanción moratoria y no a obtener la cancelación de las cesantías por el periodo aludido, el cual sí es un derecho principal; por

¹⁸ « por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones»

¹⁹ « Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones»

consiguiente, desconoció los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968²⁰ y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social²¹, los cuales previeron que las acciones deben encaminarse al reconocimiento de un derecho o prestación.

14. La **Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG** contestó extemporáneamente la demanda.

2.7. Audiencia Inicial.

15. La magistrada ponente en audiencia inicial celebrada el 18 de diciembre de 2014²², una vez efectuado el saneamiento del proceso, declaró no probada la excepción de inepta demanda propuesta por el departamento del Atlántico, al considerar que el actor demandó la nulidad del acto que le negó de la sanción moratoria cuya aplicación pretende, lo que es procedente a través del presente medio de control; finalmente, señaló que las demás excepciones formuladas serían resueltas en la sentencia.

14. Se fijó el litigio al reverso del folio 274 del expediente, en los siguientes términos:

²⁰ «Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

[...]

Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.»

²¹ «**ARTICULO 151. PRESCRIPCION.** Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.»

²² FF. 273 a 276.

«Las pretensiones de la demanda van dirigidas a que se declare la nulidad del acto administrativo por el cual se le niega al actor, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías parciales, por los años 2000 a 2003 inclusive.»

III. SENTENCIA APELADA

16. El Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala Oral A, a través de sentencia de 13 de noviembre de 2015²³, accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que debido al nombramiento del actor efectuado por el municipio de Sabanalarga, y asimilado en el año 2003 al departamento del Atlántico, ostenta la condición de docente territorial, y como quiera que se encuentra acreditado que no le fueron consignadas las cesantías correspondientes a las anualidades de 2001, 2002, y 2003, conforme la jurisprudencia de esta Corporación²⁴, le asiste el derecho al reconocimiento de la penalidad pretendida en los términos que establece la Ley 50 de 1990²⁵, aplicable a dichos servidores por disposición de la Ley 344 de 1996²⁶ y el Decreto 1582 de 1998²⁷.

17. Adujo que por disposición legal y conforme a la jurisprudencia de esta Corporación²⁸, la competencia para la aprobación y pago del auxilio de cesantías de los docentes, aun cuando el trámite se adelanta a través de la

²³ FF. 374 a 399.

²⁴ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A, Sentencia de 25 de noviembre de 2010, Rad. 2004-01754-01, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

²⁵ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

²⁶ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

²⁷ «Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia.»

²⁸ Consejo de Estado – Sección Segunda, Sentencia de 25 de marzo de 2010, Rad. 2003-01125-01, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

secretarías de educación, recae en cabeza de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, entidad a la que se encuentra vinculado el actor desde el 19 de agosto de 2005, en los términos establecidos en el Decreto 3752 de 2003²⁹, y en tal virtud, es dicho ente público el legitimado en la causa por pasiva, para reconocer las pretensiones de la demanda.

18. Expuso que no es de recibo el argumento del municipio de Sabanalarga referente a la imposibilidad de cancelar la penalidad moratoria debido a que las acreencias reclamadas no fueron solicitadas en el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos, en razón a que si bien, la Ley 550 de 1990³⁰ prevé la posibilidad de que los entes territoriales celebren convenios con la finalidad de solventar las crisis financieras, se suscriben entre la persona jurídica y los acreedores sin que ello implique la presencia de los empleados en la negociación del pago de sus prestaciones sociales.

19. En consecuencia, declaró no probada la excepción de prescripción, y la nulidad de los actos, así: i) Parcial del Oficio 4154 de 21 de noviembre de 2013, proferido por el Secretario de Educación Departamental del Atlántico, solo en cuanto negó la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías correspondientes al año 2003; y ii) Del oficio del 28 de octubre de 2013, expedido por el alcalde de Sabanalarga, solo en cuanto negó el reconocimiento de la penalidad por el incumplimiento en el deber de efectuar los traslados de la prestación social correspondientes a las anualidades de 2001 y 2002.

²⁹ «Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones»

³⁰ «Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta Ley.»

20. A título de restablecimiento del derecho, emitió la siguiente condena:

- A la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y al municipio de Sabanalarga al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no efectuar las consignaciones de las cesantías por las anualidades de 2001 y 2002.

- A la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y al departamento del Atlántico a la sanción moratoria por la no consignación de la prestación social en el 2003.

21. Finalmente, negó la condena en costas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

22. El apoderado del **departamento del Atlántico** reiteró³¹ los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y además adujo que el *A-quo* desconoció el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado³² y el del Tribunal del Tolima³³, en los que se adoptó la postura de que el régimen de cesantías de los docentes es especial y no contempla la penalidad pretendida por el actor; y en caso de acreditarse el derecho a la sanción moratoria, esta se encontraba afectada por la prescripción.

³¹ FF. 412 a 419.

³² Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A, Sentencia de 17 abril de 2013, Rad. 2664-11, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

³³ Tribunal Administrativo del Atlántico, Sentencia de 15 de junio de 2011, Rad. 2007-00210-00-CH, M.P.: Cristóbal Rafael Christiansen Martelo

23. Agregó que en el evento en que las entidades de orden público deban pagar algún tipo de sanción moratoria por el incumplimiento de sus obligaciones, el legislador estableció una penalidad que no superara el doble del interés bancario corriente vigente al momento de realizar el pago, por lo que de accederse a las pretensiones del demandante, esta debe aplicarse en los términos del artículo 88 de la Ley 1328 de 2009³⁴.

24. La apoderada de **Nación – Ministerio de Educación Nacional - FOMAG**³⁵, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que el *A-quo* inaplicó la Ley 91 de 1989³⁶ a través de la cual se previó el régimen especial que regula al demandante dada su vinculación desde el 28 de diciembre de 2000 como docente perteneciente a la planta de cargos del municipio de Sabanalarga, y en virtud del cual no es procedente la imposición de la penalidad pretendida, máxime cuando no le es posible afiliarse a un fondo privado de cesantías creados por la Ley 50 de 1990 para administrar tal emolumento en el sistema anualizado.

25. Arguyó que existe una indebida interpretación y aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en tanto el FOMAG no es el responsable de reconocer las pretensiones de la demanda, puesto que el demandante no estaba afiliado a dicho fondo por las anualidades en las que alegó se causó la

³⁴ «Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.
[...]

ARTÍCULO 88. INTERESES CON CARGO A OBLIGACIONES DE LA NACIÓN. En todos los eventos en los que la Nación o las entidades públicas, de cualquier orden, deban cancelar intereses por mora causados por obligaciones a su cargo, la indemnización de perjuicios o la sanción por mora no podrá exceder el doble del interés bancario corriente vigente al momento de la fecha establecida legalmente para realizar el pago.

De igual forma, toda suma que se cobre a la Nación o a las entidades públicas como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria adeudada en virtud de un mandato legal se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación.»

³⁵ F.F.425 a 428.1

³⁶«Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»

sanción moratoria. En tal sentido, manifestó que la obligación de pagar la aludida prestación social estaba en cabeza del municipio de Sabanalarga, ente territorial que además expidió el acto por el cual se resolvió desfavorablemente la petición, sin que exista en él manifestación de voluntad alguna de la entidad que representa judicialmente.

26. El Despacho de la Consejera Ponente mediante auto de 31 de mayo de 2016³⁷, dispuso que el escrito de impugnación del **municipio de Sabanalarga** se tiene como no presentado, en razón a que no estaba suscrito por su apoderado judicial; decisión frente a la cual las partes guardaron silencio.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

27. El apoderado del **departamento del Atlántico**³⁸, reiteró los argumentos esbozados en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación.

28. El apoderado del **municipio de Sabanalarga**³⁹, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y además señaló que comparte la postura planteada en el salvamento de voto⁴⁰ de la Magistrada Doctora Judith Romero Ibarra del Tribunal Administrativo del Atlántico, por el cual se estableció que al demandante en su calidad de docente no le es aplicable la penalidad pretendida, y por ende, debieron negarse las pretensiones de la demanda.

³⁷ Folio 498 del expediente.

³⁸ Folios 514 a 521.

³⁹ Folios 522 a 526.

⁴⁰ 400 a 401.

29. La **parte demandante**, reiteró las pretensiones de la demanda⁴¹, y adujo que en el presente caso, no se ha configurado la prescripción, toda vez que el demandante se encuentra en pleno ejercicio de sus funciones, pues la exigibilidad de las cesantías y los derechos accesorios, entre ellos, la sanción moratoria, solo tiene lugar a partir de la terminación de la relación laboral, como lo ha considerado esta Corporación⁴².

30. Adujo que debido a que no existe una norma jurídica que excluya a los empleadores públicos o privados de la obligación mencionada por el solo hecho de haber sido admitidos en la promoción de un acuerdo de reestructuración de pasivos, la no inclusión de la acreencia del actor conlleva consecuencias gravísimas para el convenio.

31. Manifestó que el actor tiene la calidad de docente territorial, pues labora para el municipio de Sabanalarga desde el 28 de diciembre de 2000 hasta la fecha, y fue asimilado por el departamento del Atlántico en el 2003, por lo que al tenor del artículo 1º del Decreto 1252 de 2000⁴³, tiene derecho al pago de la prestación social aludida en los términos establecidos en las Ley 50 de 1990⁴⁴, y demás normas concordantes.

⁴¹ Folios 570 a 577.

⁴² Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 27 de agosto de 2015. Rad. 2011-00941-01; Sentencia de 22 de enero de 2015, Rad. 4346-2013 C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; Sentencia de 5 de septiembre de 2014. Rad. 2709-2013. C.P. Gerardo Arenas Monsalve; Sentencia 20 de noviembre de 2014, Rad. 2012-00339, C.P.: Alfonso Vargas Rincón.

⁴³ «Por el cual se establecen las normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales, y los miembros de la fuerza pública.

[...]

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

⁴⁴ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones»

32. **El apoderado del FOMAG**⁴⁵, reiteró los argumentos expuestos en la apelación, relativos a que a la parte actora no le asiste el derecho a la sanción pretendida, por cuanto en las disposiciones especiales que lo regulan, no se contempla la penalidad por mora derivada de la omisión en consignar los valores correspondientes a las cesantías, y además señala que la cancelación de la prestación social está sujeta a la condición suspensiva de disponibilidad presupuestal.

VI. CONCEPTO DE MINISTERIO PÚBLICO

33. La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado⁴⁶, consideró que se debe confirmar la sentencia apelada, puesto que el hecho de que las Leyes 91 de 1989⁴⁷ y 344 de 1996⁴⁸, no contenga expresión alguna sobre la sanción moratoria a favor de los docentes, no obsta para excluirlos de los beneficios consagrados para la generalidad de los servidores públicos.

34. Expuesto lo anterior, sostuvo que efectivamente la administración excedió el término legal para realizar los abonos anuales al FOMAG a favor del actor, por lo que solicita se confirme el fallo de primera instancia, en tanto reconoció la penalidad pretendida por falta de consignación oportuna de las cesantías por las anualidades de 2001 a 2003; no obstante, refirió que el departamento del Atlántico ya reconoció parcialmente las cesantías por la

⁴⁵ F.F. 578 a 582.

⁴⁶ F.F. 584 a 592.

⁴⁷ « Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio »

⁴⁸ « Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones. »

anualidad de 2003, razón por la cual, la condena deberá ajustarse a las anualidades insolutas.

VII. CONSIDERACIONES

7.1. Análisis del asunto.

35. Agotado el trámite legal del proceso ordinario dentro del presente asunto, encontrándose en la oportunidad para decidir el recurso de apelación interpuesto por el departamento del Atlántico y el FOMAG contra la sentencia proferida en primera instancia y sin que se evidencien vicios que acarreen nulidades y requieran el ejercicio de control de legalidad por parte del órgano judicial, se procederá a plantear el siguiente:

7.2. Problema jurídico.-

36. De acuerdo con los cargos formulados en el recurso de apelación interpuesto por el departamento del Atlántico y el FOMAG, le corresponde a la Sala:

1) Establecer si debido a la vinculación del demandante al municipio de Sabanalarga a partir 28 de diciembre de 2000, le resulta aplicable el régimen

anualizado de liquidación de cesantías y en tal virtud, le es dable el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990⁴⁹.

2) En el evento en que le asista el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria, determinar cuál es la entidad competente para el restablecimiento del derecho del demandante.

37. Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala analizará (i) el sistema de liquidación de servidores públicos del nivel territorial; (ii) el régimen de cesantías de los docentes del sector oficial; y (iii) análisis del caso en concreto.

7.2.1. Del sistema de liquidación de servidores públicos del nivel territorial.

38. La Ley 344 de 1996 «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones»⁵⁰ en el artículo 13 estableció la liquidación anual del auxilio de cesantías a todas las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado (Ramas Legislativa y Ejecutiva)⁵¹, a partir de su entrada en rigor, esto es, el 31 de diciembre de 1996. Dice 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:

⁴⁹ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

⁵⁰ Publicada en el Diario Oficial No. 42.951 de 31 de diciembre de 1996.

⁵¹ Excepto el personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

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.»

39. El artículo 13 de la Ley 344 de 1996, fue reglamentado por el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998⁵², en el que de manera expresa extendió la aplicación de los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 a los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afiliaran a los fondos privados de cesantías creados por esta última ley, tal como se transcribe a continuación:

«[...] 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.
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.» (Negritas y subrayas fuera del texto original).»

40. El sistema contemplado en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990⁵³, señalados expresamente por el Decreto reglamentario 1582 de 1998⁵⁴, previó la liquidación del auxilio anual (31 de diciembre) definitiva de cesantía por la anualidad o fracción correspondiente al año anterior, la consignación del valor correspondiente antes del 15 de febrero de cada año

⁵²«Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia.»

⁵³ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones»

⁵⁴ Ibídem.

en el fondo privado seleccionado por el empleado y la sanción por mora a razón de un día de salario por cada día de retardo a cargo del empleador en el evento en que incumpla la obligación. Dice la norma:

«Artículo 99º.- 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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.**

[...]

Artículo 102º.- El trabajador afiliado a un Fondo de Cesantía sólo podrá retirar las sumas abonadas en su cuenta en los siguientes casos:

Cuando termine el contrato de trabajo. En este evento la Sociedad Administradora entregará al trabajador las sumas a su favor dentro de los cinco (5) días siguientes a la presentación de la solicitud.

En los eventos en que la legislación vigente autoriza la liquidación y pago de cesantía durante la vigencia del contrato de trabajo. El valor de la liquidación respectiva se descontará del saldo del trabajador desde la fecha de la entrega efectiva.

Para financiar los pagos por concepto de matrículas del trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente y sus hijos, en entidades de educación superior reconocidas por el Estado. En tal caso el Fondo girará directamente a la entidad educativa y descontará el anticipo del saldo del trabajador, desde la fecha de la entrega efectiva.

[...]

Artículo 104º.- De las liquidaciones de cesantía que se efectúen el 31 de diciembre de cada año el empleador deberá entregar al trabajador un certificado sobre su cuantía.

La Sociedad Administradora del Fondo de Cesantía podrá presentar al trabajador en las acciones que se adelanten con motivo del incumplimiento del empleador en la liquidación o pago del auxilio de cesantía.

En los eventos en que el empleador esté autorizado para retener o abonar a préstamos o pignoraciones el pago de auxilio de cesantía, podrá solicitar a la Sociedad Administradora la retención correspondiente y la realización del procedimiento que señalen las disposiciones laborales sobre el particular.

Los préstamos de vivienda que el empleador otorgue al trabajador podrán ser garantizados con la pignoración del saldo que este último tuviere en el respectivo fondo de cesantía, sin que el valor de la garantía exceda al del préstamo. [...]

41. De la norma transcrita, se establece que el régimen anualizado tiene las siguientes características:

i) Destinatarios: **Servidores públicos del nivel territorial** vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los **fondos privados administradores de cesantías**;

ii) Liquidación: Cada 31 de diciembre, por la anualidad o por la fracción correspondiente, diferente a la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo;

iii) Intereses: Legales del 12% anual o proporcionales por fracción;

iv) Sanción moratoria: Un día de salario por cada día de retardo cuando el empleador no consigne el valor liquidado antes del 15 de febrero de cada año.

7.2.2. Del régimen de cesantías de los docentes del sector oficial.

42. La Ley 91 de 1989 «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio», diferenció las categorías en que se agruparían los docentes afiliados al fondo, con el fin de establecer los trámites y las disposiciones que les serán aplicables de conformidad a su fecha de vinculación. Al efecto, consagró que los docentes oficiales se agruparían así:

(i) en el **personal nacional**, el cual reúne a los docentes nombrados por el Gobierno Nacional;

(ii) el **nacionalizado**, cuyo ingreso se efectúa mediante nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esa fecha de conformidad con lo previsto en la Ley 43 de 1975⁵⁵; y

(iii) el **personal territorial**, en el cual se encuentran los docentes 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 mencionada ley, relativo a la creación de nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria⁵⁶.

43. Así mismo, en el párrafo del artículo 2.º *ibídem* previó cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la citada ley, así:

«[...] 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 [...]»

44. Como se expuso, creó el FOMAG como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, para atender el pago de las prestaciones sociales de los docentes

⁵⁵ «Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones.»

⁵⁶ Ley 45 de 1975, 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.

nacionales y nacionalizados que se encontraran vinculados a la fecha de la promulgación de la ley, con observancia del régimen ya señalado y de los que ingresaran con posterioridad a ella. Dice la norma:

«[...] 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 [...].».

45. En lo relativo a las cesantías del personal docente, el numeral 3 del artículo señalado, previó la siguiente disposición:

«3.- Cesantías:

- A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.
- B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, **el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas**

anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional»⁵⁷.

46. De la norma transcrita, se concluye que respecto de los docentes oficiales, la ley regula dos situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación:

1) Docentes nacionalizados, antes territoriales, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, quienes mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

2) Docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968⁵⁸, 1848 de 1969⁵⁹ y 1045 de 1978⁶⁰, o que se expidan en el futuro, esto es, la Ley 344 de 1996⁶¹, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989.

⁵⁷ Destacado por la Sala.

⁵⁸ «Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.»

⁵⁹ «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968»

⁶⁰ «Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.»

⁶¹ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

47. Así, en virtud de lo dispuesto por las Leyes 344 de 1996⁶² y 91 de 1989⁶³, aquellos docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, **sin lugar a distinción entre docentes nacionales y nacionalizados**, se regularán por las normas de los **empleados públicos del orden nacional**, cuyo sistema de liquidación reviste las siguientes características:

i) Destinatarios: Docentes vinculados desde el 1º de enero de 1990;

ii) Liquidación: El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación, 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;

iii) Intereses: Anual sobre el valor acumulado de la cesantía al 31 de diciembre de cada año, más la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo período.

48. De las normas señaladas en precedencia, se establece que tal como se consideró en la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 proferida el 14 de abril de 2016⁶⁴, que al analizar si en virtud del artículo 15 de la Ley 91 de 1989⁶⁵ los docentes eran destinatarios de la prima de servicios contemplada en el

⁶² « Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

⁶³ «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»

⁶⁴ Consejo de Estado – Sección Segunda - Subsección B, Sentencia de 14 de abril de 2016 con Rad. 2013-00134-01. C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁶⁵ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Decreto 1042 de 1978, sostuvo que la voluntad del legislador además de la creación del FOMAG, fue la unificar el sistema salarial y prestacional de los docentes oficiales nacionales y nacionalizados a partir de 1 de enero de 1990, por cuanto en dicha norma se dispuso, que desde ese momento, **se crearía un solo régimen laboral de los docentes oficiales, equiparándolo al de los empleados públicos del orden nacional**, sin desconocer los derechos adquiridos de aquellos maestros, que por disposición de las entidades territoriales a las que se encontraban adscritos, les habían sido reconocidas algunas prestaciones adicionales a las mínimas legales. En esta oportunidad, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, precisó lo siguiente:

«[...] con la intención de *“definir de una vez por todas las responsabilidades en materia salarial y prestacional”* entre la Nación y las entidades territoriales, nuevamente por iniciativa del Gobierno Nacional, se tramita la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se crea el FOMAG, el cual es pensado como un *“mecanismo ágil y eficaz”* para *“poner fin a las fallas administrativas que constantemente obstaculizan el pago oportuno de las prestaciones sociales y los servicios médico asistenciales del personal docente.”*

La ponencia para primer debate deja claro además, que el propósito de esta ley no es sólo la creación de un fondo que dote de agilidad y eficiencia el pago de salarios y prestaciones a los docentes oficiales, sino que, en aras de **“resolver el problema de la diversidad de regímenes laborales aplicables al Magisterio (...) y de la ausencia de un instrumento que unifique el sistema normativo”, la intención también era la “definición de un régimen laboral único a partir del 1 de enero de 1990”, pero respetando “las normas vigentes en las entidades territoriales para los maestros vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, y para quienes ingresen con posterioridad a esa fecha, adoptar las disposiciones que rigen para los empleados públicos del orden nacional.”**

Tal y como se lee en la exposición de motivos de la ley bajo estudio y en las ponencias para primer y segundo debate, la meta principal del legislador de 1989 fue la de unificar el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales nacionales y nacionalizados a partir de 1990, [...]»

49. Así las cosas, la Ley 91 de 1989, además de crear el FOMAG para centralizar la administración de los recursos destinados al pago sus prestaciones sociales, unificó el régimen laboral de los docentes oficiales, equiparándolo desde el punto de vista prestacional al de los empleados públicos del orden nacional, sin desconocer los derechos adquiridos de aquellos maestros que se vincularan con anterioridad al 31 de diciembre de 1989.

50. De las normas expuestas en precedencia, se establece que de conformidad con el artículo 15 ibídem⁶⁶, los docentes 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** que establece un sistema anualizado, sin retroactividad y pago de intereses a sus beneficiarios.

51. Por lo anterior, los docentes que ingresaron con posterioridad a la fecha señalada (1 de enero de 1990), por el solo hecho de ser designados por el alcalde o gobernador, **no adquieren el carácter de territorial regidos por normas prestacionales aplicables a los servidores públicos que ostentan dicha calidad**, puesto que por disposición de la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 3º, literal b), los maestros «[...] que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto 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

⁶⁶ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

en el futuro.», como lo es la Ley 344 de 1996⁶⁷ que sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989, consagró **un sistema de liquidación anualizado de cesantías** para las «[...] personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado.».

52. En consecuencia, los educadores del sector público no les son aplicables los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, que contemplaron el plazo para la liquidación del valor liquidado anualmente con anterioridad al 15 de febrero y la sanción moratoria para el empleador que incumpla esta obligación, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, únicamente 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»**, que como se expuso, no se equiparan a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1990, pues su nombramiento efectuado por el representante de la entidad territorial no le otorga la calidad de ser un maestro de dicho nivel, y sus prestaciones sociales como las cesantías, son administradas por el FOMAG, cuya naturaleza jurídica es diferente a la de aquellos fondos privados creados por la Ley 50 de 1990.

7.3. Análisis del caso concreto.

53. Es del caso en este momento, que la Subsección analice la situación fáctica del actor, en aras de establecer si de acuerdo a ella, le es dable el reconocimiento de la sanción moratoria pretendida.

⁶⁷ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

54. Al respecto, el acervo probatorio aportado al proceso es el siguiente:

1) Decreto 00-176 de 25 de octubre de 2000⁶⁸, expedido por el alcalde (E) del municipio de Sabanalarga, por el cual se vinculó al demandante como docente en el área de matemáticas del Instituto Técnico Industrial de Sabanalarga, y del cual tomó posesión en la misma fecha, según se observa en al Acta que obra a folio 112 del expediente.

2) Decreto 00-0091 del 26 de diciembre de 2000⁶⁹, expedido por el alcalde (E) del municipio de Sabanalarga (Atlántico), por el cual nombró en propiedad al demandante en el cargo de docente del área de matemáticas en el bachillerato Técnico Mixto de Sabanalarga, y del cual tomó posesión el 28 de diciembre de 2000, según se observa en al Acta 52⁷⁰.

3) Decreto 00429 de 2004⁷¹, por el cual el Gobernador del departamento del Atlántico incorpora a la planta única de docentes del ente territorial a los 120 educadores del municipio de Sabanalarga, que concursaron en el año 2000 y que fueron nombrados mediante decretos expedidos por el alcalde municipal, entre ellos el señor Ángel María Mendoza Muñoz, para ser financiados con recursos del Sistema General de Participaciones a partir del 1 de enero de 2003.

⁶⁸ Copia auténtica que obra a folio 111 del expediente.

⁶⁹ Copia simple que obra a folio 17 del expediente.

⁷⁰ Copia simple que obra a folio 16 del expediente.

⁷¹ Copia simple que obra a folios 94 a 102 del expediente.

4) Resolución 042 de 15 de enero de 2002⁷², por la cual el secretario de educación municipal de Sabanalarga, vincula al actor temporalmente, desde el 28 de enero de 2002 hasta el 29 de noviembre del mismo año, en el cargo de docente en el área de matemáticas en el Instituto Técnico Industrial de Sabanalarga.

5) Resolución 005 de 15 de mayo de 2000⁷³, por la cual la misma autoridad administra, vincula temporalmente al señor Ángel María Mendoza Muñoz, en el cargo de docente temporal de tiempo completo en el Colegio de Bachillerato Técnico Mixto de Sabanalarga.

6) Copia de la Resolución 0413 de 12 de julio de 2011⁷⁴, por el cual la secretaria de educación departamental del Atlántico, le reconoció por concepto de liquidación parcial de cesantías con destino a reparación de vivienda la suma de \$7.625.300, en razón a sus servicios prestados como docente del municipio de Sabanalarga, por el tiempo laborado **desde el 25 de octubre de 2000 hasta el 30 de diciembre de 2010 en forma continua**, así:

Reportes anuales de cesantías	
Cesantía año 2003	209.063
Cesantía año 2004	671.872
Cesantía año 2005	730.517
Cesantía año 2006	723.738
Cesantía año 2007	1.170.343

⁷² Copia autentica que obra a folio 106 del expediente.

⁷³ Copia autentica que obra a folio 113 del expediente.

⁷⁴ Según se observa a folios 155 a 158 del expediente.

Cesantía año 2008	1.203.176
Cesantía año 2009	1.300.752
Cesantía año 2010	1.615.839
TOTAL REPORTES DE CESANTÍAS	7.625.300

7) La demandante el 24, 25 y el 28 de octubre de 2013, solicitó ante las entidades demandadas respectivamente, el reconocimiento de la sanción moratoria **por no efectuar la consignación dentro del término previsto en la Ley 50 de 1990 de las cesantías por las anualidades de 2001 a 2003**, petición que fue resuelta de manera desfavorable a través de los siguientes actos acusados:

a) Oficio de 28 de octubre de 2013⁷⁵, por el cual el alcalde municipal de Sabanalarga le manifestó que la entidad territorial no se encuentra obligada al reconocimiento de la penalidad, por cuanto el ente territorial ha venido cancelando y transfiriendo a los distintos fondos a los que se encuentran afiliados sus servidores; pero además, dicha sanción no forma parte de las acreencias establecidas en el artículo 19 de la Ley 550 de 1999 para los acuerdos de reestructuración.

b) Oficio 4154 de 21 de noviembre de 2013⁷⁶, a través del cual el secretario de educación departamental del Atlántico, señaló que desde la afiliación al FOMAG en el 2003, las cesantías del demandante han sido reportadas oportunamente, sin que se observara a la fecha, traslados del municipio de

⁷⁵ Según se observa a folio 23.

⁷⁶ Según se observa a folios 25 a 26.

Sabanalarga por concepto de la prestación social del período reclamado (2001 a 2003).

55. En atención a las pruebas decretadas en la Audiencia Inicial⁷⁷, el secretario de educación departamental del Atlántico a través de Oficio 0363 de 3 de febrero de 2015⁷⁸, remitió el extracto de cesantías del 29 de mayo de 2012⁷⁹, expedido por el FOMAG, del cual se evidencia que al actor se le liquidó la prestación aludida anualmente y sin retroactividad desde el 2003 al 2011, así:

AÑO	CESANTIA	ACUMULADO	INTERES	FECHA
2003	209.063	209.063	0	
2004	671.872	880.935	0	
2005	730.517	1.611.452	115.863	5/10/06
2006	723.738	2.335.190	153.188	9/03/07
2007	1.170.343	3.505.533	289.557	10/03/08
2008	1.203.176	4.708.709	472.557	06/04/09
2009	1.300.752	6.009.461	374.990	30/03/10
2010	1.615.839	7.625.300	295.862	10/03/11
2011	1.598.481	9.233.781	73.690	21/03/12

56. En el *sub júdice*, las partes se encuentran de acuerdo en el supuesto fáctico de la vinculación del demandante a partir del 28 de diciembre de

⁷⁷ Según se observa a folios 275 del expediente.

⁷⁸ Según se observa a folio 280 del expediente.

⁷⁹ Según se observa a folio 282 del expediente.

diciembre del 2000, e igualmente en que a partir del 1 de enero de 2003⁸⁰, el demandante fue incorporado 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, para la financiación de los servicios educativos cuya competencia se les asigna en la Ley 715 de 2001⁸¹.

57. En ese orden de ideas, en virtud de la fecha de ingreso del demandante como docente del sector oficial, se encuentra cobijado por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989⁸², que estableció que los educadores que ingresaran a partir del 1º de enero de 1990, **sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados**, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los **empleados públicos del orden nacional**.

58. Expuesto lo anterior, que pese a acreditarse que el decreto de nombramiento fue expedido por el alcalde (E) del municipio de Sabanalarga, ello no le otorga el carácter de territorial, y en tal virtud no es equiparable a los servidores públicos destinatarios de los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 que contemplaron la obligación a cargo del empleador de efectuar la consignación de las cesantías antes del 15 de febrero de cada anualidad y la sanción por el incumplimiento de dicho plazo.

59. Así las cosas, le asiste razón al apoderado del FOMAG al manifestar que

⁸⁰ Según se observa a folio 361 del expediente.

⁸¹ «por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.»

⁸² «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»

al demandante no le es aplicable la penalidad pretendida, en razón a que debido a la fecha de su vinculación está regulado en materia prestacional por las normas de los empleados públicos del orden **nacional**, por lo que no es destinatario de la penalidad extendida por disposición expresa del artículo 1º 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**, requisitos que no cumple el docente, pues no reúne la condición de **territorial** y tampoco se encuentra afiliado a un **fondo privado** administrador de cesantías de aquellos creados por la Ley 50 de 1990; máxime cuando la finalidad del legislador fue precisamente la creación del FOMAG para atender las prestaciones sociales de los docentes del sector oficial, cuyos recursos provienen por disposición legal, de la Nación.

60. Por lo expuesto, la Sala revocará la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala Oral A, mediante la cual se declaró la nulidad parcial de los actos acusados y se condenó a las entidades demandadas al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y en su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda.

61. Finalmente, del expediente se evidencia que a quien actúa como mandataria de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no se le ha reconocido personería adjetiva, razón por la cual, conforme al poder general allegado a folios 431 a 435 del expediente, se le tendrá como apoderada de la Nación – Ministerio de Educación Nacional - FOMAG, a la abogada Silvia Margarita

Rúgeles Rodríguez, identificada con C.C 63.360.082 y T.P 87.982 del Consejo Superior de la Judicatura.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 13 de noviembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala Oral A, que accedió a las pretensiones de la demanda; y en su lugar negarlas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Reconocer personería a la abogada Silvia Margarita Rúgeles Rodríguez, identificada con C.C 63.360.082 y T.P 87.982 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Nación – Ministerio de Educación Nacional - FOMAG, conforme al poder general que obra a folios 431 a 435 del expediente.

TERCERO: Por Secretaría de la Sección Segunda, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS