

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

Bogotá D.C., 24 de enero de 2019

Radicación: 08001-23-38-000-2014-00242-01.
No. Interno: 0265-2017.
Demandante: Sirly Piedad Fontalvo Figueroa.
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

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, el departamento del Atlántico y la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contra la sentencia del 25 de julio de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala de Decisión 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 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003.

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:

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.

4º. 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.

5º. 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.

6º. 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

7º. 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

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

2. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho², la señora Sirly Piedad Fontalvo Figueroa, demandó a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio³, al departamento del Atlántico y al municipio de Sabanalarga⁴.

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 continuación:

1) Oficio del 26 de noviembre de 2013⁵, expedido por el alcalde municipal de Sabanalarga.

2) Oficio 4484 del 6 de diciembre de 2013⁶, proferido por el Secretario de Educación Departamental del Atlántico.

3) Oficio 2013ER177169 sin fecha [sic]⁷, proferido por la Asesora de la Secretaría General de la Unidad de Atención al Ciudadano del Ministerio de Educación Nacional.

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 **la consignación de las cesantías por las anualidades 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003.**

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.»
² Consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011.

³ En adelante FOMAG.

⁴ Demanda presentada el 4 de abril de 2014. Folios 2 a 12 del expediente.

⁵ Folio 23.

⁶ Folios 25 y 26.

⁷ A folio 27 del expediente, se observa, contrario a lo señalado por la actora, que el oficio acusado es de radicación 2013EE91854 de 24 de diciembre de 2013.

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 inciso 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 esta⁸:

2.2. Fundamentos fácticos.

a. La demandante manifestó que fue vinculada como docente de la planta del municipio de Sabanalarga desde el 16 de octubre de 1997, y en el 2003 fue asumida por el departamento del Atlántico, sin que le consignaran sus cesantías correspondientes a las anualidades de 1997 a 2003 dentro del plazo legal previsto para el régimen anualizado⁹, incumplimiento que generó la sanción moratoria que no le ha sido satisfecha.

b. Indicó que por lo anterior, elevó peticiones el 26 y 27 de noviembre y el 11 de diciembre de 2013, en ese sentido, frente las cuales se expidieron los actos administrativos acusados cuya nulidad demandó a través del presente medio de control.

2.3. Normas violadas y concepto de violación.

4. Invocó como normas desconocidas las siguientes disposiciones¹⁰: artículos 13, 29, 53 y 209 de la Constitución Política; 13 de la Ley 344 de 1996; 1 del Decreto Reglamentario 1582 de 1998; numeral 3, artículo 99 de la Ley 50 de 1990; 21 y ss. del Decreto 1063 de 1991; numeral 1^o del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil; y 83, 138, y 192 del CPACA.

5. Señaló que los actos enjuiciados fueron expedidos con infracción del artículo 13 de la Ley 344 de 1996¹¹, toda vez que a partir de la vigencia de la citada ley, se

⁸ Folios 5 y 6 del expediente.

⁹ «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.»

¹⁰ Folios 7 y 8 del expediente.

¹¹ «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

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 1998¹² que extendió a los servidores públicos del nivel territorial que ingresaran con posterioridad al 31 de diciembre de 1996, como es el caso de la demandante, la sanción moratoria de dicho sistema prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990¹³ en el evento en que no se efectúe la consignación del valor liquidado anualmente con anterioridad al 14 de febrero de cada año.

2.4. Contestación de la demanda.

6. El municipio de Sabanalarga frente a los hechos de la demanda¹⁴, señaló que la administración no tiene certeza sobre el derecho reclamado por la demandante, pues su solicitud no aparece enlistada en las acreencias incorporadas en el proceso de reestructuración celebrado por la entidad territorial con fundamento en la Ley 550 de 1999¹⁵, por lo que no es procedente la sanción moratoria pretendida, en tanto las obligaciones objeto de inclusión en el mencionado acuerdo serán aquellas existentes dentro de los estados financieros de la entidad territorial.

7. Consideró que las disposiciones citadas por la actora no son aplicables a los docentes del sector oficial, por encontrarse regulados por la Ley 91 de 1989¹⁶, régimen especial que no consagra la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías.

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;

¹² « 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.»

¹³ « 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.»

¹⁴ Folio 57 a 61 del expediente.

¹⁵ «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.»

¹⁶ «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»

8. Finalmente, propuso la excepción de prescripción trienal de todos los derechos no reclamados dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad.

9. El **departamento del Atlántico**¹⁷ indicó que existe falta de legitimación en la causa por pasiva de conformidad con el artículo 2 del Decreto 3752 de 2003¹⁸ y la Ley 715 de 2001¹⁹, teniendo en cuenta que la obligación frente al auxilio de cesantías por las anualidades de 1997 a 2002 debió cumplirse por el municipio de Sabanalarga, el cual, como nominador de la demandante, es responsable del pago de la penalidad, sin que le sea posible alegar una solidaridad con la entidad departamental.

10. Por otra parte, expuso que en cumplimiento del Decreto 3752 de 2003²⁰, se afilió a la demandante al FOMAG a partir del 17 de noviembre de 2005, y que desde el 1 enero de 2003 en adelante, época en la que fue asumida por el departamento del Atlántico en virtud de la Ley 715 de 2001²¹, se le han reportado consignaciones por concepto de la prestación aludida en el referido fondo.

11. Preciso de acuerdo con los artículos 41 del Decreto 3135 de 1969²² y 102 del Decreto 1848 de 1969,²³ que operó la prescripción de todas las obligaciones

¹⁷ Folios 48 a 56 del expediente.

¹⁸ « 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

[...]

ARTÍCULO 2°.- Prestaciones sociales causadas. Se entiende por causación de prestaciones el cumplimiento de los requisitos legales que determinan su exigibilidad.

Las prestaciones sociales de los docentes causadas con anterioridad a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones estarán a cargo de la respectiva entidad territorial o de la entidad de previsión social a la cual se hubieren realizado los aportes.

Las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones serán reconocidas de conformidad con lo que establezca la Ley y se pagarán por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sin perjuicio de lo anterior, el reconocimiento y pago de prestaciones sociales que se causen a favor de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se limitará al período de cotizaciones que haya efectivamente recibido el Fondo y al valor del pasivo actuarial que le haya sido efectivamente cancelado. »

¹⁹ «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.»

²⁰ « 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.»

²¹ « 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»

²² «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 41°. 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.»

²³ «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.»

[...]

ARTÍCULO 102.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

causadas con anterioridad al 24 de octubre de 2010, en atención a que la reclamación se efectuó el 24 de octubre de 2013. Por último, alegó la ineptitud sustantiva de la demanda, por cuanto en su parecer la pretensión de la actora no recae sobre un derecho o una prestación determinada, exigencia prevista por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

12. La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contestó extemporáneamente la demanda²⁴.

2.5. Audiencia Inicial.

13. El magistrado ponente en audiencia inicial celebrada el 13 de mayo de 2015²⁵, una vez efectuado el saneamiento del proceso, declaró no probada la excepción de inepta demanda propuesta por el departamento del Atlántico y señaló que la falta de legitimación en la causa por pasiva sería resuelta en la sentencia, en la medida en que no existen los elementos suficientes para pronunciarse sobre ella. A continuación, fijó el litigio a folio 161 del expediente, en los siguientes términos:

« [...] establecerse si los actos administrativos atacados se encuentran viciados de nulidad en tanto niegan la solicitud de pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 50 de 1990 y de ello determinar en caso positivo si ha operado el fenómeno de la prescripción de forma total o parcial de esos derechos que habrían de surgir.»

III. SENTENCIA APELADA

14. El Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala Decisión A, a través de sentencia de 25 de julio de 2016²⁶, declaró la nulidad de los actos acusados, así: i) parcial del Oficio 4484 de 6 de diciembre 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 26 de noviembre 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 al periodo de 1997 a 2002; y iii) total del acto ficto producto del silencio administrativo

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.»

²⁴ De acuerdo con lo señalado en la Audiencia Inicial celebrada el 13 de mayo de 2015 (fl. 157).

²⁵ FF. 165 a 165.

²⁶ FF. 261 a 292.

negativo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, frente a la petición elevada el 11 de diciembre de 2013, mediante la cual le fue igualmente negada la sanción moratoria.

15. A título de restablecimiento del derecho, condenó a las entidades demandadas al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo «[...] desde el 16 de febrero de 1998, hasta el 16 de febrero de 2004, fecha a partir de la cual la responsabilidad del pago de la sanción moratoria es a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y el departamento del Atlántico hasta la fecha en que se hagan efectivas las consignaciones de la prestación social»; igualmente, ordenó la indexación de la condena y negó la condena en costas.

16. Lo anterior, con fundamento en que el régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos territoriales vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 y que se afilien a fondos privados de cesantías, como es el caso de la actora, obliga al empleador a liquidar y cancelar anualmente la prestación aludida a sus servidores a más tardar el 15 de febrero del año siguiente, pues de lo contrario debe reconocerle al empleado la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990²⁷; y dado que no se encuentra acreditado que a la demandante se le consignó de manera oportuna la aludida prestación por las anualidades reclamadas, las entidades demandadas obraron en un desconocimiento del artículo 99 *ibídem*.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

17. El apoderado de la **parte demandante**²⁸, manifestó su inconformidad con la tesis expuesta en la sentencia controvertida consistente en que la sanción moratoria «debe correr en forma unificada desde el momento mismo en que se causa la primera mora, hasta cuando se haga efectivo el pago, independientemente de que durante ese lapso de incumplimiento de la obligación en cabeza de la administración, se constituya el derecho a nuevos pagos por periodos siguientes de tal prestación»²⁹, por cuanto en su parecer, ello desconoce el principio de proporcionalidad y equidad, y además le permite concluir al empleador que le resulta más beneficioso incurrir en varios periodos moratorios que en uno solo, ya que la penalidad será la misma.

²⁷ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones»

²⁸ Folios 305 a 309.

²⁹ Folios 306 y 307 del expediente.

18. Por lo anterior, consideró que la sanción, en el presente asunto, debe ordenarse de manera individual por cada anualidad en mora que haya sido reclamada (1997 a 2003), y en tal virtud, solicitó se modifique la forma en que se estableció la condena.

19. El **departamento del Atlántico**³⁰ reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y resaltó que el tribunal de instancia contrarió la jurisprudencia del Consejo de Estado³¹, que en cuanto a la prescripción de la sanción de la Ley 50 de 1990³² ha sostenido que la obligación se hace exigible por cada anualidad insoluta.

20. Adicional a ello arguyó, que el régimen de cesantías de los docentes es especial y no contempla dentro de sus disposiciones la sanción moratoria consagrada en las Leyes 244 de 1995³³, 1071 de 2006³⁴ y 50 de 1990, las cuales sí son aplicables a los demás servidores del Estado.

21. La **Nación – Ministerio de Educación Nacional - FOMAG**³⁵, recalcó que a la parte actora no le asiste el derecho a la sanción moratoria cuya aplicación pretende, por cuanto se rige en materia de cesantías por disposiciones especiales que no la contemplan. Adicional a ello, alegó que no le asiste legitimación para ser parte de este proceso, en tanto no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la aludida prestación, de modo que el acto cuya nulidad se solicita, fue expedido por la entidad territorial empleadora, en la cual recae la competencia por disposición legal.

22. Igualmente, adujo que la mora no es imputable a la entidad que representa y no pueden generarse intereses moratorios y/o indexación alguna, toda vez que el reconocimiento de las cesantías de los docentes sigue un procedimiento con sujeción expresa a la ley, atendiendo al turno de radicación y disponibilidad presupuestal, argumento con fundamento en el cual, no puede endilgársele una negligencia al FOMAG.

³⁰ FF. 316 a 325.

³¹ Consejo de Estado, Sentencia 17 de abril de 2013, N.I. 2664-11, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

³² «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones»

³³ « Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

³⁴ « Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

³⁵ F.F. 310 a 315

23. Finalmente, alegó que no le asiste legitimación para ser parte de este proceso, en tanto no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la aludida prestación, pues el acto cuya nulidad se solicita, por disposición legal, fue expedido por las entidades territoriales empleadoras, en quienes recae la competencia.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

24. La Nación – Ministerio de Educación Nacional - FOMAG³⁶, insistió en los argumentos expuestos en la apelación.

25. El apoderado del municipio de Sabanalarga³⁷, redundó en lo manifestado en la contestación de la demanda, y compartió lo expresado por la Magistrada Judith Romero en el salvamento de voto³⁸, relativo a que la demandante en su calidad de docente, no le es aplicable la Ley 344 de 1996³⁹, ni sus decretos reglamentarios, así como tampoco la Ley 50 de 1990⁴⁰.

26. El departamento del Atlántico⁴¹, nuevamente señaló que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, en primer lugar, este ente territorial solo actuó respecto de los docentes de carácter municipal a partir del 1 de enero de 2003 en virtud de la Ley 715 de 2001⁴², y en segundo, porque con fundamento en el Decreto 3752 de 2003⁴³, se tiene que el municipio de Sabanalarga es el llamado a responder por la consignación de las cesantías por los periodos reclamados.

27. La parte demandante⁴⁴ agregó que la Ley 91 de 1989⁴⁵ no se pronunció sobre los docentes territoriales, calidad que ostenta la actora, razón por la cual, le resulta aplicable el Decreto 1252 de 2000⁴⁶, que estableció el régimen prestacional de los empleados públicos de los trabajadores oficiales y los miembros de la

³⁶ Folios 366 a 371.

³⁷ Folios 397 a 401.

³⁸ Folios 293 a 295.

³⁹ « Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

⁴⁰ « Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

⁴¹ 389 a 396.

⁴² « 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.»

⁴³ « 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.»

⁴⁴ 383 a 388.

⁴⁵ « Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»

⁴⁶ « Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública.»

fuerza pública, y que extendió a través de su artículo 1^o⁴⁷, el derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en Ley 50 de 1990, entre otras, disposiciones; criterio igualmente sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia T-008 de 2015⁴⁸.

VII. CONSIDERACIONES

7.1. Análisis del asunto.

28. Agotado el trámite legal del proceso ordinario dentro del presente asunto, encontrándose en la oportunidad para decidir los recursos de apelación interpuestos la parte demandante, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y el departamento del Atlántico, 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.-

29. De acuerdo con los cargos formulados en los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y el departamento del Atlántico, le corresponde a la Sala:

1) Establecer si por efectos del artículo 1^o del Decreto 1582 de 1998, que extendió la aplicación de los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990⁴⁹ a los servidores públicos del nivel territorial, le es dable a la demandante el reconocimiento de la sanción moratoria contemplada en dichas disposiciones, por el hecho de su vinculación al municipio de Sabanalarga a partir del 16 de octubre de 1997.

2) En el evento en que se le aplique la normatividad señalada, determinar cuál es la entidad competente para el restablecimiento del derecho de la demandante, y la forma en la que se debe a condenar al pago de la sanción moratoria.

⁴⁷ « Artículo 1°. 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.»

⁴⁸ M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

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

30. Para resolver los problemas jurídicos planteados, se hará necesario reconocer la normatividad que regula el sistema de liquidación de cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y el régimen de cesantías de los docentes del sector oficial; para finalmente, analizar el caso en concreto.

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

31. 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:

- 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.»

32. 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.**

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.

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.»

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 y subrayas fuera del texto original).»

33. 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 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 tuviera en el respectivo fondo de cesantía, sin que el valor de la garantía exceda al del préstamo. [...].»

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

⁵⁴ Ibidem.

34. 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 por la terminación del contrato de trabajo;

iii) Intereses: Legales de los 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.

35. 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.

36. Así mismo, en el párrafo del artículo 2.º *ibidem* previó cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de

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.

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 [...]»

37. 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 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 [...]»

38. 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.

39. 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 aplicará 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.

40. Así, en virtud de lo dispuesto por la Ley 344 de 1996 y la Ley 91 de 1989, 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.

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.»

41. De las normas señaladas en precedencia, se establece que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989⁶², los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se registrarán 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.

42. 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 registrarán 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.», como lo es la Ley 344 de 1996⁶³ 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.»

43. Ahora bien, considera la Sala pertinente señalar que el Consejo de Estado al pronunciarse respecto de si los docentes oficiales son destinatarios de la prima de servicios contemplada en el Decreto 1042 de 1978 en la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 del 14 de abril del 2016⁶⁴, sostuvo que la voluntad del legislador al expedir la Ley 91 de 1989, fue unificar el sistema laboral - prestacional de los docentes oficiales nacionales y nacionalizados a partir de 1 de enero de 1990, 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

⁶² Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

⁶³ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

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

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, [...]»

44. Por todo lo anterior, a 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.

45. La Sala resalta que en el *subjúdice*, no es objeto de discusión por las partes el supuesto fáctico de la vinculación de la demandante a partir del 16 de octubre de 1997, y de su incorporación al departamento del Atlántico en el 2003.

46. Ahora bien, sí es objeto de desacuerdo, específicamente por parte del FOMAG y del departamento del Atlántico, el régimen aplicado por el tribunal de instancia a la demandante, pues según afirma, las cesantías de los docentes se rigen

conforme a lo previsto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989⁶⁵ y en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 2831 de 2005⁶⁶; disposiciones especiales que no previeron la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990⁶⁷, por ende, aquella no le resulta aplicable.

47. Frente a ello, el acervo probatorio que obra dentro del proceso es el siguiente:

1) En virtud de las pruebas decretadas en la Audiencia Inicial⁶⁸, el profesional universitario de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Educación Departamental del Atlántico, a través del Oficio 288-16 del 14 marzo de 2016⁶⁹, aportó el **extracto de intereses a las cesantías de la demandante⁷⁰**, en el que se observa la **liquidación y pago de los intereses así:**

AÑO	DTF	CESANTIA	ACUMULADO	INTERES	FECHA	ESTADO
2003	0.00%	872.700	872.700	0		Valor reportado para acumulado
2004	0.00%	900.076	1.772.776	0		Valor reportado para acumulado
2005	7.19%	915.757	2.688.533	65.843	11/06/06	Presente Pago
2005	7.19			127.463	05/10/06	Saldo por modificación en acumulado
2006	6.56%	886.326	3.574.859	234.511	9/03/07	Presente Pago
2007	8.26%	1.284.266	4.859.125	401.364	10/03/08	Presente Pago
2008	10.04%	1.202.405	6.061.530	608.578	6/04/09	Presente Pago
2009	6.24%	1.429.528	7.491.058	163.983	30/03/10	Presente Pago
2010	3.88%	1.549.365	9.040.423	162.079	10/03/11	Presente Pago
2011	4.61%	1.825.239	10.865.662	276.717	21/03/12	Presente Pago

Igualmente, del extracto se dejan ver los siguientes pagos por **concepto de intereses a las cesantías** por intermedio de la entidad bancaria Banco Popular, según se discrimina a continuación:

FECHA DE PAGO	ENTIDAD BANCARIA	SUCURSAL	PAGO NETO
27 JUN 2006	BANCO POPULAR	BARRANQUILLA	65.843
23 OCT 2006			127.463
20 MAR 2007			234.511
31 MAR 2008			401.364
17 APR 2009			608.578
12 APR 2010			163.983
18 MAR 2011			162.079
09 MAY 2012			276.717

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

⁶⁶ « 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»

⁶⁷ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones»

⁶⁸ Según se observa a folio 163 del expediente.

⁶⁹ Según se observa a folio 244 del expediente.

⁷⁰ Que obra a folio 248 del expediente.

2) El 26 y 27 de noviembre y 11 de diciembre de 2013, respectivamente, la demandante solicitó ante las entidades demandadas, el reconocimiento de la sanción moratoria «[...] **por el no giro oportuno de las cesantías al fondo al que me encontraba afiliada durante los años 1997 a 2003 [...]**»⁷¹, petición que fue negada a través de los siguientes actos acusados:

a) Oficio de 26 de noviembre de 2013⁷², proferido por el alcalde municipal de Sabanalarga, en el que le manifestó que la entidad territorial no se encuentra obligada al reconocimiento de la penalidad, pues ha efectuado la cancelación de las cesantías a los empleados y además, ello no forma parte de las acreencias establecidas en el artículo 19 de la Ley 550 de 1999 para los acuerdos de reestructuración.

b) Oficio 4484 de 6 de diciembre de 2013⁷³, a través del cual el Secretario de Educación Departamental del Atlántico, señaló que desde la afiliación al FOMAG en el 2003, las cesantías de la demandante han sido reportadas oportunamente, sin que se observara a la fecha, traslados del municipio de Sabanalarga por concepto de la prestación social del período reclamado (1997 a 2002).

48. De acuerdo con los elementos probatorios que obran dentro del expediente, se establece que el régimen de liquidación de cesantías que regula la situación jurídica de la actora es el contemplado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, puesto que, en primer lugar, se vinculó con posterioridad al 1 de enero de 1990 y en segundo, del extracto individual se evidencia, que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció a la demandante un interés equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante cada período (anual) certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia⁷⁴, sobre el **ahorro o el acumulado de cesantías a 31 de diciembre de cada anualidad**, cuyos valores fueron pagados a través del Banco Popular.

⁷¹ Folios 19 a 22.

⁷² Según se observa a folio 23.

⁷³ Según se observa a folios 25 a 26.

⁷⁴ «Año/Tasa Promedio de Captación

2017: 6.37%
2016: 7.52%
2015: 5.13%
2014: 4.46%
2013: 4.44%
2012: 5.85%
2011: 4.61%
2010: 3.88%
2009: 6.24%
2008: 10.04%
2007: 8.26%

49. Lo anterior, difiere sustancialmente del manejo de la prestación social administrada a través de los fondos privados creados a través de la Ley 50 de 1990, en cuyo artículo 99 si bien establece la obligación a 31 de diciembre de efectuar la liquidación por la anualidad o la fracción correspondiente, solo sobre esa fracción se causan a favor del trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales, y no sobre el acumulado total que por concepto de la prestación social le pertenezca al empleado, lo cual le permite a la Subsección concluir que uno y otro régimen no pueden ser equiparables en razón a sus características y beneficios disímiles para sus afiliados, que se origina inclusive de la naturaleza jurídica y finalidad del legislador al crear el FOMAG como una cuenta especial para atender las prestaciones sociales de todos los docentes que prestan sus servicios al Estado, frente los fondos establecidos como instituciones financieras, cuyo objeto es administrar y manejar los recursos conformados por las cesantías de sus afiliados con una amplia gama de portafolios de inversión que se ajusta a los perfiles de riesgo de cada uno de ellos.

50. Así las cosas, la Sala concluye que no le es dable a la demandante recibir los beneficios de un sistema, para que con posterioridad a la obtención de aquellos pretenda la aplicación de otro régimen, so pretexto del carácter de su vinculación, máxime cuando tal como se expuso en el acápite precedente, pese a acreditarse que el decreto de nombramiento fue expedido por el alcalde del municipio de Sabanalarga, ello no le otorga el carácter de territorial, y en tal virtud, no le es aplicable la Ley 50 de 1990, que por disposición del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 se extendió 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, lo cual dista sustancialmente de las normas que rigen las prestaciones sociales de la actora, pues en razón a su vinculación con posterioridad al 1º de enero de 1990, se rige por las normas vigentes para los empleados del **orden nacional**.

51. Por consiguiente, le asiste razón a los apoderados del FOMAG y del

2006: 6,56%
2005: 7,19%
2004: 8,13%
2003: 8,07%
2002: 9,07%
2001: 12,89%»

Los anteriores valores fueron consultados en el siguiente link: <http://www.fomag.gov.co/documents/Intereses-cesantias/2018/CERTIFICACION%20DTF.pdf>.

departamento del Atlántico cuando afirman que a la demandante no le es aplicable la penalidad pretendida, por cuanto debido a la fecha de su vinculación es beneficiaria de un sistema anualizado previsto en la Ley 91 de 1989 que no contempló el plazo para la consignación de las cesantías con anterioridad al 15 de febrero de cada anualidad en un fondo privado administrador, pues como se expuso, se trata de un régimen de liquidación diferente, sin que le sea dable a la docente favorecerse de las ventajas, de uno y otro, pues ello desconocería el principio de inescindibilidad de la ley laboral.

52. En consecuencia, la Sala revocará la sentencia proferida el 25 de julio de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala de Decisión 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.

53. Así las cosas, esta Subsección se abstendrá de pronunciarse frente a los demás argumentos planteados por las entidades demandadas, relacionados con las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y la forma que se condenó a las entidades demandadas, en la medida que no hay lugar al reconocimiento de la penalidad pretendida por la demandante, por las razones expuestas en esta providencia.

54. 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 25 de julio de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala de Decisión 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: 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