



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 23001 23 33 000 2012 00093-01 (4013-13)

Actor: Yomaira Hernández Suárez

Demandado: Departamento de Córdoba

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 25 de julio de 2013 por el Tribunal Administrativo de Córdoba, por medio de la cual denegó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, la señora Yomaira Hernández Suárez formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en orden a que se declare la nulidad del acto administrativo número 00032 del 31 de enero de 2012, por medio del cual se negó la sanción por mora en la consignación de las cesantías, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, así como la nulidad del acto ficto producto del silencio en que incurrió la administración al no dar respuesta a la petición formulada el 3 de agosto de 2011, en la que se pretendía el reconocimiento de intereses a las cesantías.

Como consecuencia de la anterior declaración solicitó condenar al departamento de Córdoba a pagarle el valor de la sanción por mora en la consignación de sus cesantías, de acuerdo con lo previsto en la norma aludida, y los intereses a las cesantías, según lo solicitado en sede administrativa; asimismo, requirió actualizar el valor de la condena y ordenar el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del Código Contencioso Administrativo¹ (sic).

1.1.2. Hechos

¹ La Sala entiende que se trata del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Los hechos que fundamentaron las pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

Fue nombrada como docente provisional en la Escuela Rural Mixta Cantina, mediante Decreto 047 del 25 de noviembre de 2002.

A partir del 1 de enero de 2003, el departamento de Córdoba asumió la totalidad de obligaciones laborales de los educadores de ese ente territorial, de conformidad con lo previsto en la Ley 715 de 2001.

El 12 de julio de 2010, se declaró insubsistente el nombramiento provisional de que era beneficiaria, según Decreto 0969, producto del concurso de méritos.

El 3 de agosto de 2011, formuló petición ante el secretario de educación departamental, en el cual exigió el reconocimiento y pago de sus cesantías «definitivas anualizadas» por los años 2003 a 2010, de los intereses a las cesantías y de la sanción por mora en la consignación de tal prestación, al tenor de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995.

El gobernador de Córdoba expidió la Resolución 0032 del 31 de enero de 2012, mediante la cual ordenó el reconocimiento y pago de su auxilio de cesantías; no obstante, omitió pronunciarse en torno al reconocimiento de los intereses a las cesantías y a la sanción por mora en su consignación. Ese acto administrativo fue notificado el 31 de enero de 2012, y respecto de él interpuso recurso de reposición que no fue resuelto, motivo por el cual se configuró el silencio administrativo negativo.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales, se señalaron los artículos 3 y 4 de la Ley 91 de 1989; 13 de la Ley 344 de 1996; 1 del Decreto 3752 de 2003; 1 del Decreto 1582 de 1998 y 249 del Código Sustantivo del Trabajo.

Al desarrollar el concepto de violación, adujo que de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sería el encargado de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que estaban vinculados antes de la vigencia de esa ley y los que ingresaran con posterioridad, previsión que no sufrió modificación en la Ley 715 de 2001, según la cual se reitera que todos los docentes vinculados a las entidades territoriales con posterioridad a su promulgación se deben afiliar a ese fondo.

El Decreto 3752 de 2003 reglamentó algunos artículos de las Leyes 812 de 2003, 715 de 2001 y 91 de 1989 en torno a la afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y determinó que toda vinculación provisional genera la obligación de afiliación al fondo, pues la omisión al respecto, implica la responsabilidad de la entidad territorial por la totalidad de prestaciones sociales, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar.

Lo anterior quiere decir que como su vinculación laboral se produjo en el año 2003 como docente al servicio del departamento de Córdoba y este no cumplió con la obligación de afiliarla al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe asumir todas las obligaciones laborales derivadas de la relación legal y reglamentaria.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 se estableció el sistema anualizado al que se debían sujetar los empleados vinculados con el Estado, esto es, por liquidación anual, y de conformidad con el Decreto 1582 de 1998 que la reglamentó, se hizo extensiva la previsión del artículo 99, numeral 3, de la Ley 50 de 1990, que consagra la sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retraso que surge cuando el empleador no consigna la prestación con corte al 15 de febrero del año siguiente a aquel en que se causó.

Como su vinculación laboral ocurrió el 1 de enero de 2003, el régimen de cesantías que le aplica es el anualizado, según el cual la entidad territorial debía consignar anualmente las cesantías en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; sin embargo, no cumplió con tal obligación durante los años 2004 a 2010, razón por la cual incurrió en mora y ello dio lugar a que se generara la sanción por su incumplimiento.

El departamento de Córdoba reconoció sus cesantías definitivas mediante Resolución 00032 del 31 de enero de 2012; sin embargo, negó la sanción moratoria, teniendo en cuenta que de conformidad con lo previsto en el Código Sustantivo de Trabajo las cesantías son exigibles por parte del trabajador al momento en que se extingue el contrato de trabajo, de manera que la prescripción empieza a correr a partir del día siguiente a la terminación de este.

1.2. Contestación de la demanda

La apoderada del departamento de Córdoba se opuso a las pretensiones de

la demanda², y señaló que la sanción por mora en la consignación de las cesantías consagrada en las Leyes 344 de 1996 y 244 de 1995 es diferente, pues la primera de ellas sí se hizo extensiva a las entidades territoriales, mientras que la segunda no. La última de ellas es la norma que se invoca como fundamento de las pretensiones de la demanda y ella tan solo se causa cuando las cesantías definitivas no son pagadas oportunamente, de manera que al haberse producido la desvinculación de la accionante, la norma que la cobijaría sería la Ley 244 de 1995.

Así las cosas, como el acto que reconoció la prestación definitiva fue la Resolución 0032 del 31 de enero de 2012, por tal razón no se concedió el derecho a la sanción moratoria, pues no se configuró la mora a que se contrae el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante sentencia de 25 de julio de 2013³, denegó las pretensiones de la demanda pues consideró que a los docentes no les aplica el sistema de liquidación de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, pues los docentes están cobijados por normas especiales para liquidar esa prestación, en este caso, la Ley 91 de 1989, de manera que la sanción por mora consagrada en la aludida ley de 1990 no le es aplicable y por ende, su petición al respecto, no prospera.

En torno a la pretensión orientada al reconocimiento de los intereses a las

² Mediante memorial de folios 135 a 140.

³ Folios 127 a 143.

cesantías, señaló que en la demanda no se invocó el fundamento de su reclamación, pues en el capítulo de normas violadas y concepto de violación tan solo se invocó el fundamento para reclamar la sanción por mora en la consignación de las cesantías.

Finalmente, indicó que como la demandante no fue vinculada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ello conllevó que el ente territorial asumiera todas las obligaciones prestacionales y así procedió mediante el acto acusado.

1.4. El recurso de apelación

La demandante, actuando por conducto de apoderada, interpuso recurso de apelación⁴, que sustentó en que es inconcebible que el pago tardío de las cesantías no genere sanción, pues no existe fundamento para que el trabajador soporte el perjuicio ocasionado por la omisión de su empleador.

Aseguró que el régimen de cesantías al que está sometida es aquel contemplado en la Ley 344 de 1996, teniendo en cuenta que su vinculación laboral al ente territorial fue posterior a su vigencia, de manera que le aplica la Ley 50 de 1990, de acuerdo con lo ordenado en el Decreto Reglamentario 1582 de 1998; siendo así, la forma en que debieron liquidar sus cesantías es mediante el sistema anualizado y consignarlas en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a más tardar el 15 de febrero del año posterior a su causación, pero como las pruebas aportadas al expediente demuestran que tal consignación no se realizó, debe concederse el derecho a

⁴ Folios 144 a 148.

la indemnización por mora reclamada.

Finalmente, señaló que la normatividad aplicable a los docentes es la Ley 344 de 1996 y no la Ley 91 de 1989 pues esta última tuvo la finalidad de crear al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación con independencia patrimonial, contable, estadística y sin personería jurídica.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta etapa procesal⁵.

1.6. El Ministerio Público

El agente del Ministerio Público no rindió concepto⁶.

La Sala decide, previas las siguientes

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Se circunscribe a establecer (i) si la demandante, en su condición de docente puede ser beneficiaria de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de sus cesantías anuales, de conformidad con lo previsto en la Ley 50 de 1990;

⁵ Folio 177.

⁶ Folio 177.

en caso afirmativo, (ii) si tiene derecho a la indemnización por mora en el pago de esa prestación y en qué forma se debe liquidar; asimismo, establecer si hay lugar a declarar extinguida la obligación respecto de esa indemnización, bien sea en forma total o parcial.

2.2. Marco normativo

La Ley 6 de 1945 «por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo», en el artículo 12, literal f), estableció, a favor de los trabajadores oficiales, el derecho al auxilio de cesantías a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio y, proporcionalmente, por fracciones de año, y el artículo 17, literal a), *ibidem*, consagró que ese auxilio se reconocería a todos los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

El Decreto 1160 de 1947 «sobre auxilio de cesantías», en su artículo 6, señaló que para liquidar las cesantías se toma como base el último sueldo o jornal, salvo que hubiera sufrido modificaciones en los 3 últimos meses, caso en el cual se toma el promedio de lo devengado en los últimos 12 meses o en todo el tiempo servido, si fuere menor a ese lapso.

Ahora bien, el Decreto 3118 de 1968 creó el Fondo Nacional de Ahorro, y dentro de los objetivos que estableció para la administración de sus recursos, fijó los siguientes: «pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales»⁷, y «proteger dicho auxilio contra

⁷ Artículo 2 literal a) del Decreto 3118 de 1968.

depreciación monetaria»⁸; con tales finalidades, el artículo 3 *ibidem* determinó que las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado debían ser liquidadas y entregadas al Fondo; asimismo, en su artículo 22 ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social realizar, con corte a 31 de diciembre de 1968, la liquidación de cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales afiliados a ella.

Con lo previsto en los artículos 27, 28 y 33 *ibidem* empezó el llamado «desmonte del régimen de retroactividad de cesantías», pues se dispuso la liquidación anual de esta prestación para los empleados y trabajadores de las entidades aludidas previamente, y la liquidación definitiva por la porción de tiempo laborada durante el año del retiro, así como el reconocimiento de intereses anuales del 9%, a ser liquidados el 31 de diciembre de cada año, sobre el saldo que figure a favor de cada empleado.

El Decreto 432 de 1998 «por el cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones», mantuvo el objetivo de administrar, de manera eficiente, las cesantías⁹, y, dentro de sus funciones, las de recaudo y pago de ese auxilio a los afiliados, al igual que la protección contra la pérdida de su valor adquisitivo¹⁰. Además, en los artículos 6 y 7 *ibidem*, fijó un monto por concepto de intereses, con el propósito de evitar la pérdida del poder adquisitivo del auxilio de cesantías depositado, y un porcentaje a título de intereses sobre las cesantías.

⁸ Artículo 2 literal b) del Decreto 3118 de 1968.

⁹ Artículo 2 del Decreto 432 de 1998.

¹⁰ Artículo 3, literales a), b) y c) del Decreto 432 de 1998.

Ahora bien, la Ley 344 de 1996 «por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones», dio un paso adicional encaminado a generalizar el sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para los servidores públicos, al consagrar, en su artículo 13, lo siguiente:

Artículo 13.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) **Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías**, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen **que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo**; (negrilla de la Sala).

La norma vigente a la fecha de expedición de la ley previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo artículo 99 consagró:

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

1. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el

fondo de cesantía que el mismo elija. **El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.**

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

El Decreto 1582 de 1998 reglamentó los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, es la Ley 432 de 1998, artículo 5 y siguientes.

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores¹¹.

En todo caso, se abrió la posibilidad de que tales servidores públicos¹² se acogieran al régimen anualizado de liquidación de cesantías y para este efecto debían proceder en la forma descrita en el artículo 3 del Decreto 1582 de 1998, que es la siguiente:

Artículo 3º.- En el caso de servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad, **que decidan acogerse al régimen de cesantía de dicha ley**, se procederá de la siguiente forma:

¹¹ Es decir, el sistema de liquidación retroactiva, consagrado en Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

¹² Aquellos que tuviera vinculación laboral anterior a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996.

- a) La entidad pública realizará la liquidación definitiva de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado;
- b) La entidad pública entregará el valor de la liquidación a la administradora seleccionada por el trabajador;
- c) En lugar de entregar dicha suma de dinero, las entidades territoriales podrán emitir a favor de cada uno de los servidores públicos que se acojan a este régimen, un título de deuda pública por el valor de la liquidación de las cesantías, con las características que se señalan más adelante, previo el cumplimiento de los trámites legales necesarios para su expedición (se resalta).

Además, a aquellos servidores cobijados por el régimen de liquidación retroactiva de cesantías se les continúa respetando este, por virtud de lo dispuesto en los artículos 2¹³ del Decreto 1252 de 2000 y 3¹⁴ del Decreto 1919 de 2002.

Es preciso señalar que la Ley 1071 de 2006, por la cual se adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, **en torno al pago de las cesantías definitivas y parciales**¹⁵ de los servidores públicos, en sus artículos 4 y 5 determinó lo siguiente:

¹³ «**Artículo 2.-** Los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional.»

¹⁴ «**Artículo 3.-** Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000.»

¹⁵ Es importante precisar que se entiende por cesantías parciales aquellas que se requieren a la administración o al fondo administrador de esa prestación con fines de adquirir vivienda o adelantar estudios. El artículo 3 de la Ley 1071 de 2006 al respecto, señaló: «**Artículo 3°. Retiro parcial de cesantías.** Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos: /- 1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente. /- 2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.».

Artículo 4°. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.

Ahora bien, en lo que respecta al personal docente, se debe indicar que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como «una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital» que estaría a cargo del pago de las prestaciones sociales¹⁶ que se causaran a favor

¹⁶ De acuerdo con el artículo 5, numeral 1, de la Ley 91 de 1989.

del personal docente **nacional y nacionalizado**, a partir de la promulgación de esa ley.

La aludida ley, en su artículo 1, numeral 3, precisó que los docentes territoriales son aquellos «vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975» y en el artículo 2 *ibidem* estableció lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en los siguientes términos:

Artículo 2º.- De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

[...]

5.- **Las prestaciones sociales** del personal nacional y nacionalizado **que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley**, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; **pero las entidades territoriales**, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

En lo que tiene que ver con las cesantías, su reconocimiento se estableció en el artículo 15 *ibidem*, en los siguientes términos:

3. Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero

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

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley».

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003, estableció:

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

Parágrafo 1°.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (Negrilla fuera de texto).

Parágrafo 2°.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5°. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el FONPET al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.

2.3. Hechos probados

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

El 25 de noviembre de 2002¹⁷, el alcalde municipal de los Córdoba, en el departamento de Córdoba expidió el Decreto 047, a través del cual nombró en provisionalidad a la demandante como docente en la Escuela Rural Mixta Cantina, quien tomó posesión del cargo en esa fecha¹⁸.

El 12 de julio de 2010¹⁹, el gobernador de Córdoba expidió el Decreto 0969, mediante el cual nombró en período de prueba a Gregoria del Carmen Ramos Careth y dio por terminado el nombramiento provisional de la demandante.

El 3 de agosto de 2011²⁰, la demandante dirigió solicitud ante el secretario de educación del departamento de Córdoba, mediante la cual reclamó el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas, producto de la vinculación laboral, por el período comprendido entre 2003 y 2010; el 12% de los intereses a las cesantías, doblado por no haberlos cancelado en el año siguiente a aquel en que se causaron; y la sanción por mora en la consignación de las cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 de la Ley 50 de 1990.

El 31 de enero de 2012²¹, el gobernador del departamento de Córdoba expidió la Resolución 00032, por la cual reconoció las cesantías definitivas a favor de la demandante, en cumplimiento de un fallo de tutela. En las consideraciones de tal acto se expresó:

Que según constancia de 31 de Enero de 2012 contenida en el Oficio No C-FPSM-026, suscrita por la líder de la Oficina del Fondo de Prestaciones Sociales

¹⁷ Folio 28.

¹⁸ Folio 32.

¹⁹ Folios 29 y 30.

²⁰ Folios 17 a 19.

²¹ Folios 11 a 14.

del Magisterio, certifica que el (la) peticionario (a) se encuentra afiliado al Fondo desde 10/40/2010 según la consulta realizada a la base de datos a 30/06/2011.

Que teniendo en cuenta la anterior certificación, recae sobre el Departamento de Córdoba asumir la carga prestacional reclamada referente al periodo comprendido de 2003 a 2010.

Que según certificado laboral No 0019 de Enero 31 del año en curso, realizado por el profesional Universitario RICARDO LOPEZ y revisado por el líder de Talento Humano AUGUSTO HOYOS VERGARA, y suscrito por la Secretaria de Educación Departamental, la señora YOMAIRA HERNÁNDEZ SUÁREZ, laboró para el Departamento de Córdoba hasta Julio 12 de 2010.

(...)

Que de igual manera, al realizar un análisis del derecho o no a pagar la sanción moratoria solicitada, se observa que este derecho estaría prescrito a la luz de las siguientes normas jurídicas. (Se citan los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo, 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969).

Toda vez, que reclama el pago de la sanción moratoria de la ley 50 de 1990 por la no consignación de las cesantías en un fondo privado a 15 de Febrero de cada año, es decir, que reclama la sanción desde el año 2003 hasta la fecha en que estuvo vinculado, ya que han transcurrido más de tres años que estipula la norma jurídica para reclamarlos, y esta sanción se reclama siempre que la relación laboral se encuentra vigente, luego entonces estarían prescritas.

El 7 de febrero de 2012²², la demandante interpuso recurso de reposición contra la decisión anterior, el cual sustentó en lo siguiente:

A través de la resolución No00032 del 31 de enero de 2012, la administración reconoció y liquidó el pago del auxilio de cesantías definitivas, sin embargo No se liquidaron los intereses a las cesantías a los cuales tiene derecho mi representada, de conformidad con el artículo 1 del Decreto 116 de 1976, que reglamento (sic) la Ley 52 de 1975 (...)

A su vez el artículo 5º de la precitada ley impone una sanción al patrono cuando este incumpla la obligación de pagar los intereses a las cesantías al trabajador (...)

Por otra parte, contempla el artículo 249 del código sustantivo del trabajo, que al término del contrato de trabajo, el empleador está obligado a pagarle al

²² Folios 15 y 16.

trabajador un mes de salario por cada año trabajado o proporcional si el tiempo fuere inferior a un año.

Quiere decir esto, que las cesantías son exigibles por parte del trabajador al momento de terminar el contrato de trabajo, por lo que la prescripción empezará a correr a partir del día siguiente a la terminación del contrato de trabajo. De acuerdo con lo expuesto, el despacho esta (sic) realizando un (sic) interpretación errónea de la ley, por cuando los tres años son contados a partir del momento en que termina la relación laboral, y en este caso la fecha de desvinculación de mi poderdante es 12 de julio de 2010, razón por la cual no se encuentra prescrito el derecho a exigir el pago de la sanción moratoria, por tanto solicito se ordene el pago de la misma, de conformidad con el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

El 10 de octubre de 2012²³, la líder de oficina del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio certificó que la demandante no estuvo afiliada a ese fondo por el tiempo de su vinculación provisional, comprendido entre el 25 de noviembre de 2002 y el 12 de julio de 2010.

2.4. Caso concreto

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala considera imperioso precisar que en el expediente está demostrado que a la demandante ya le fueron reconocidas sus cesantías definitivas²⁴, y que la sanción por mora que se reclama no surge de la tardanza en que incurrió la administración en el pago de estas, sino de las anualizadas por los años 2003 a 2010, de manera que el análisis se circunscribirá a determinar si, en su condición de docente, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por la presunta mora en que incurrió el empleador en consignar sus cesantías **anuales**.

El primer aspecto a abordar, consiste en determinar si la demandante en su

²³ Folio 31.

²⁴ Según Resolución 00032 del 31 de enero de 2012 (folios 11 a 14).

condición de docente, amparada por un régimen especial, es beneficiaria de la Ley 50 de 1990, en especial, del artículo 99, en lo que atañe al reconocimiento y pago de la sanción, cuando el empleador incurre en mora para la consignación de sus **cesantías liquidadas en forma anual**²⁵.

De acuerdo con las normas citadas en el acápite «marco normativo» de esta providencia, se debe concluir que los docentes **NO** están cobijados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surge de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 les hace extensiva la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, pero hace la salvedad, de que ello es «sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989» lo que se traduce en el hecho de que lo allí dispuesto no se hizo extensivo al personal docente.

Así lo ha considerado reiteradamente la Corte Constitucional, quien ha sostenido que los docentes no son beneficiarios del régimen de liquidación anual de cesantías consagrado en la Ley 50 de 1990. Al respecto, en sentencia C-928 de 2006, en la cual se estudió la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, señaló:

En suma, los docentes cuentan con un régimen especial en materia de cesantías, pensiones y salud, sistema que debe ser entendido como un todo, sin que sea dable examinar aisladamente cada de una de ellas, y en tal sentido, *prima facie*, no resultan comparables la manera como se administran, liquidan y cancelan las cesantías de los docentes con aquéllas de los trabajadores sometidos a la Ley 50 de 1990.

²⁵ Se resalta lo pertinente, comoquiera que el análisis de la Sala no comporta el reconocimiento de la sanción por mora en la consignación de **las cesantías definitivas** respecto de los docentes.

(...)

En tal sentido, el artículo 15, numeral 3 de la Ley 91 de 1989 dispone que el Fondo 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 se ha modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario, sobre el salario promedio del último mes. De igual manera, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. En otras palabras, contrario a lo sostenido por el demandante, el Fondo sí reconoce y paga intereses sobre las cesantías; lo que sucede es que la forma de realizar dicho cálculo y pago no es igual al establecido en la Ley 50 de 1990.

(...)

En este orden de ideas, el cargo por vulneración del derecho a la igualdad no está llamado a prosperar por la sencilla razón de que, no sólo se trata de un régimen especial, que comprende aspectos prestacionales (cesantías y vacaciones) y de seguridad social (pensiones y salud), basado en sus propias reglas, principios e instituciones, sino que además no existe el alegado impago de los intereses a las cesantías; lo que sucede es que, simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna.

Ahora bien, recientemente se pronunció la Corte precisando que a los docentes sí los cobija la sanción moratoria por la inoportuna consignación de cesantías, pero en torno a la tardanza en la consignación de esa prestación definitiva o parcial²⁶, al tenor de lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006. Pese a ello, en la aludida providencia, nuevamente, **hizo énfasis en que los docentes no son beneficiarios de la Ley 50 de 1990** y todas sus previsiones. Así discurrió en esta ocasión:

En consecuencia, **los docentes oficiales se encuentran exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993 y del artículo 98 de la Ley 50 de 1990, que modificó el Código Sustantivo del Trabajo y estableció un nuevo régimen para el pago de cesantías.** (Se resalta).

²⁶ Se precisa que por cesantías parciales se debe entender que son aquellas que se reclaman para eventos especiales, como vivienda o educación al tenor de lo dispuesto en la ley.

Con fundamento en el anterior criterio, fuerza concluir que las pretensiones de la demandante, orientadas al reconocimiento y pago de la sanción por mora en la consignación de las cesantías **anualizadas** producto de la aplicación de la Ley 50 de 1990 no es procedente, en cuanto no es beneficiaria de sus previsiones, pues, se insiste, el régimen que la cobija **para la liquidación anual de cesantías** es el previsto en la Ley 91 de 1989, que no comporta vulneración del derecho a la igualdad, sino la aplicación del régimen especial concebido por el legislador para el reconocimiento de tal prestación a favor de los docentes.

Es preciso aclarar que si bien la administración municipal no afilió a la demandante al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pese a que estaba obligada a ello, por virtud de lo dispuesto en el Decreto Nacional 3752 de 2003, la única consecuencia de tal omisión consistía en que el ente territorial debía asumir la carga prestacional, y no el fondo aludido, como en efecto ocurrió y por ello la entidad demandada fue quien expidió el acto de reconocimiento de las cesantías, cumpliendo de ese modo la obligación que le correspondía.

Finalmente, debe señalarse que la Sala no se pronunciará en torno al reconocimiento de los intereses a las cesantías reclamados en la demanda, comoquiera que tal como lo señaló el *a quo*, en la demanda no se invocó el fundamento jurídico de su pretensión; además, ese aspecto tampoco fue objeto del recurso de alzada.

3. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016²⁷, respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

No obstante, como en el caso de autos se observa que la entidad demandada

²⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

no realizó ninguna actuación durante la segunda instancia²⁸, no habrá lugar a condena en costas.

4. Conclusión

Con los anteriores argumentos se concluye que la señora Yomaira Hernández Suárez no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías anuales por el lapso comprendido entre 2003 y 2010, razón por la cual se confirmará la providencia recurrida.

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

FALLA

Primero.- Confirmar la sentencia proferida el 25 de julio de 2013 por el Tribunal Administrativo de Córdoba, que denegó las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido por Yomaira Hernández Suárez contra el departamento de Córdoba, de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

²⁸ No fue el recurrente, ni presentó alegatos de conclusión.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
HERNÁNDEZ**

GABRIEL VALBUENA

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

DDG