



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.

Radicado No. 76001-23-31-000-2009-00867-01
No. Interno: 4854-2014
Actor: Álvaro Bonilla Guerrero
Demandado: Municipio de Santiago de Cali – Secretaría de Educación Municipal.-
Asunto: Cumplimiento de la sentencia de tutela SU098/18 del 17 de octubre de 2018, mediante la cual ordenó proferir nuevo fallo dentro del proceso 4854-2014, concerniente al reconocimiento de sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990.
Decisión: Revoca la sentencia de primera instancia, y en su lugar, accede al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

I. ASUNTO

La Sala procede a dar cumplimiento a la Sentencia de tutela SU098/18 proferida por la Corte Constitucional el 17 de octubre de 2018, dentro del expediente T-6.736.200, por la cual (i) revocó el fallo del 22 de marzo de 2018 proferido por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, y en su lugar, confirmó la decisión adoptada en primera instancia el 8 de febrero de 2018 por la Sección Cuarta, que amparó los derechos fundamentales a la igualdad y favorabilidad en materia laboral dentro de la acción de tutela 2017-03310-01; (ii) **dejó sin efecto** la sentencia del 27 de julio de 2018 emitida por la Subsección B de la Sección Segunda de esta corporación y, (iii) ordenó que en el término de 40 días contados a partir de la notificación de la providencia, se profiera un nuevo fallo en el que se tenga en cuenta «la aplicación del principio de favorabilidad y la interpretación conforme a la Constitución Política, en torno al derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990¹, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996² y los Decretos 1582 de 1998³, 1252 de 2000⁴ y 3752 de 2003⁵».

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

² «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.

[...]

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:

II. ANTECEDENTES

De la demanda⁶.

1. El señor Álvaro Bonilla Guerrero por conducto de apoderada y en ejercicio de la acción, hoy medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda el 15 de septiembre de 2009⁷, encaminada a obtener la nulidad del Oficio 4143.3.13.3117 del 7 de mayo de 2009, por el cual el subsecretario para la dirección y administración de los recursos de la Secretaría de Educación de Santiago de Cali, le negó la sanción por la mora en la consignación del auxilio de cesantías y de los rendimientos financieros dentro de la oportunidad prevista en la ley.

2. A título de restablecimiento del derecho, solicitó el reconocimiento de un día de salario por cada día de retardo en la consignación de la aludida prestación social al fondo de cesantías, así como los intereses y rendimientos financieros por las anualidades de 2003 a 2007, con la respectiva indexación.

Los hechos:

3. Para una mejor comprensión del asunto, se resume la situación fáctica del demandante de la siguiente manera:

4. El demandante señaló⁸ que mediante la Resolución 205 del 31 de marzo de 2003 expedida por el Secretario de Educación Municipal de Santiago de Cali, fue nombrado provisionalmente en el cargo de docente y desde su posesión diligenció los formularios en la entidad nominadora para afiliarse a la E.P.S. y al fondo de pensiones y cesantías.

5. Indicó que prestó sus servicios* hasta el 30 de septiembre de 2007, razón por la cual, a través de la Resolución 4143.3.21.5447 del 22 de octubre de 2007 suscrita por

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.»

³ «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.»

⁴ «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública.»

⁵ «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»

⁶ Demanda que obra a folios 37 a 42.

⁷ Según se observa al reverso del folio 42.

⁸ Folio 39 del expediente.

el subsecretario para la dirección y administración de los recursos de la secretaría de educación, le fueron reconocidas sus cesantías definitivas y los intereses, por valor de \$3.673.434, discriminados así: «año 2003: 115 días, 2004: 360 días, 2005: 360 días, 2006: 360 días, 2007: 270 días. Por concepto de cesantías la suma de \$3.437.372 y sus intereses \$23.606».

6. Adujo que el 21 de abril de 2009 elevó petición ante la entidad pública accionada, con el objeto que se liquide y pague la sanción moratoria por la consignación tardía de la prestación social aludida, así como por los intereses y los rendimientos financieros, cuya negativa tuvo lugar por medio del acto administrativo acusado.

Normas violadas y concepto de violación.

7. Invocó como normas desconocidas las siguientes disposiciones⁹: Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996; Decretos 1252 de 2000 y 3752 de 2003.

8. Indicó que la decisión administrativa demandada vulneró el derecho a la igualdad del demandante consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política sin ninguna justificación, y fue expedido con infracción de las normas en que debía fundarse, las cuales establecen el término para la liquidación de las cesantías y la consignación, so pena de incurrir en la sanción por el retardo, ya que si bien los docentes pertenecen a un régimen especial, les son igualmente aplicables las Leyes 50 de 1990¹⁰ y 344 de 1996¹¹.

La oposición a la demanda.

9. La apoderada de la **Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali**¹² manifestó que la Ley 50 de 1990¹³ no le es aplicable al actor, debido a que ostentaba la calidad de docente vinculado a una entidad municipal, de manera que su

⁹ Folios 39 a 41 del expediente.

¹⁰ Ibídem 1.

¹¹ Ibídem 2.

¹² Folios 64 a 70.

¹³ « Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

[...]

ARTICULO 99. El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

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

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

3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. **El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.**» (Se resalta).

régimen prestacional se encontraba regulado en las Leyes 91 de 1989¹⁴, 115 de 1994¹⁵, 715 de 2001¹⁶ y el «Estatuto de Profesionalización Docente», que no previeron la sanción moratoria pretendida por el demandante.

La sentencia de primera instancia.

10. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral mediante fallo del 9 de septiembre de 2014¹⁷, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que las normas que cobijan al actor como docente oficial no contemplan la aplicación de la Ley 50 de 1990¹⁸ en materia de administración, liquidación y reconocimiento del auxilio de cesantías, pues de acuerdo con la naturaleza jurídica del empleo desempeñado es beneficiario del régimen prestacional contemplado en la Ley 91 de 1989¹⁹.

11. Lo anterior, por cuanto el sistema anualizado previsto en los artículos 99, 102 y 104 de la citada Ley 50 de 1990, cobija a los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 y que se afilien a fondos privados de cesantías, por expresa disposición del Decreto reglamentario 1582 de 1998²⁰; a diferencia de los educadores del sector público, quienes por disposición legal deben afiliarse al FOMAG, por cuanto es la entidad encargada de cubrir todas las prestaciones sociales del personal docente oficial.

12. Así mismo, indicó que no le es aplicable el artículo 13 de la Ley 344 de 1996²¹, que previó el régimen liquidación anualizado para las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, «[...] Sin perjuicio de [...] lo estipulado en la Ley 91 de 1989», es decir, que respetó lo que sobre la materia dispuso el numeral 3º del artículo

¹⁴ « Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»

¹⁵ « Por la cual se expide la ley general de educación»

¹⁶ « 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 »

¹⁷ Folios 148 a 159 del expediente.

¹⁸ « por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. »

¹⁹ Ibídem 14.

²⁰ « 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. »

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.

[...]

²¹ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.

[...]

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."

15 de la Ley 91 de 1989; cuyo sistema de administración del auxilio de cesantías es absolutamente distinto al previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en la medida que mientras la primera norma obliga al empleador a la consignación de la prestación social en la cuenta individual del fondo privado, bajo los parámetros del sistema especial del docente, este auxilio se encuentra dentro de un patrimonio único denominado FOMAG, cuyos recursos están constituidos por los rubros establecidos en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989²², sin que exista tal deber para las entidades territoriales certificadas a cuyas plantas de cargos pertenezcan los educadores, como sí ocurre con los servidores públicos del nivel territorial; por consiguiente, al tratarse de regímenes especiales tan diferentes sustancialmente, no es viable jurídicamente la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral.

13. Expuso que si bien el municipio demandado persistió en el incumplimiento de vinculación al FOMAG, incluso con posterioridad a la expedición del Decreto 3752 de 2003²³, que así lo ordenaba para el caso de los docentes provisionales en el artículo 1º párrafo 2²⁴, dado que solo lo hizo hasta el 19 de octubre de 2007, según se demostró a partir de las pruebas aportadas al expediente, la entidad pública accionada subsanó su error con el reconocimiento de las cesantías del demandante y los intereses, sin que haya lugar a imponer sanción alguna, por no existir una norma que así lo establezca.

El recurso de apelación.

14. La apoderada judicial del **demandante** manifestó su desacuerdo frente a la sentencia proferida por el *a quo*²⁵, bajo el argumento que el tribunal omitió la aplicación del Decreto 1252 de 2000²⁶, al estimar que la naturaleza del empleo del

²² « Artículo 8. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos: 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo. 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos. 3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes. 4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.»

²³ « 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.»

²⁴ « ARTÍCULO 1º.- 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 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

[...]

Parágrafo 2º.- 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. »

²⁵ Folios 160 a 166.

²⁶ « Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública.

actor no está cobijada por dicha norma, pese a que, contrario a ello, el artículo 1º de la citada norma dispuso que la Ley 50 de 1990²⁷ cobija a todos los servidores públicos beneficiarios de un régimen especial de cesantías.

15. Sostuvo que en el fallo recurrido debieron aplicarse los principios constitucionales de favorabilidad e igualdad, ampliamente desarrollados por la Corte Constitucional en la sentencia C-168/95²⁸, según la cual es obligación del juez optar por la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho. En consecuencia, es errada la posición del tribunal de instancia que encontró acreditada la omisión de la parte pasiva al no efectuar la consignación de las cesantías, pero aun así, no impuso la sanción.

16. Indicó que se configuró una indebida interpretación de la normatividad aplicable al caso concreto, esto es, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990²⁹, que ordena a la entidad empleadora consignar anualmente el valor de las cesantías en un fondo, máxime cuando el ente accionado nunca afilió al docente al FOMAG, situación que acreditó no solo la negligencia sino la mala fe del empleador y adicionalmente, desconoció la confianza legítima del actor en la actuación de la administración.

Alegatos de conclusión.

17. El demandante reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y adicionalmente, señaló que con el reconocimiento y pago efectuado por el municipio de Santiago de Cali de las cesantías hasta el 22 de octubre de 2007 por la totalidad de las cesantías causadas, se encuentra acreditado que la administración no cumplió con la obligación legal de efectuar su consignación antes del 15 de febrero de cada anualidad³⁰.

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

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

²⁸ Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

²⁹ « 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:

[...]

³⁰ 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.

³⁰ Folios 177 a 179.

Concepto del Ministerio Público.

18. La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, precisó que a partir del material probatorio aportado al expediente, se encuentra acreditado que la entidad demandada incumplió la obligación de afiliar al demandante al FOMAG, conforme a lo previsto en la Ley 91 de 1989, lo cual conlleva a la aplicación del Decreto 3752 de 2003, artículo 1º, parágrafo 1º³¹, que solo puede generar la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales adeudadas, como en efecto lo hizo a través de la Resolución 4143.3.21.5447 del 22 de octubre de 2007.

19. Adujo que si en gracia de discusión se observara que la entidad pública no hubiere cancelado las sumas correspondientes a las cesantías del actor, la sanción moratoria a la que tendría derecho sería aquella prevista en la Ley 244 de 1995 y no la solicitada por el impugnante, prevista en la Ley 344 de 1996³².

III. CONSIDERACIONES

20. Como se señaló *ab initio* de esta providencia, la Sala resolverá nuevamente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 9 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en razón a que mediante la Sentencia SU098/18 del 17 de octubre de 2018, la Corte Constitucional indicó que se configuraron «los defectos sustantivo y por violación directa de la Constitución Política respecto de la aplicación del principio de favorabilidad, en torno al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990 al personal docente del sector oficial».

El problema jurídico.

21. De acuerdo con los cargos formulados en la apelación interpuesta por el demandante, el problema jurídico que corresponde resolver a la Sala, se circunscribe a establecer:

³¹ "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 1º.- 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 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1º.- 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."

³² Folios 354 a 360.

22. Si es dable reconocer al demandante en su calidad de docente oficial beneficiario del régimen prestacional establecido en la Ley 91 de 1989, la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación del auxilio de cesantías dentro del término previsto en la citada disposición, en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral y la Constitución Política.

23. La Sala para resolver el problema jurídico que se ha planteado desarrollará la siguiente metodología: en primer lugar analizará el régimen legal del auxilio de cesantías de los docentes del sector oficial; en segundo, abordará el estudio de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, y en tercer término, revisará el caso concreto a efectos de establecer si el actor cumple las condiciones para su reconocimiento.

El régimen legal del auxilio de cesantías de los docentes del sector oficial.

24. La Ley 91 de 1989 «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio», 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 [...]». (Resaltado fuera del texto original).

25. 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»³³.

26. 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.

27. Lo anterior, debido a que los entes territoriales con anterioridad al proceso de nacionalización de la educación ordenado por la Ley 43 de 1975³⁴, regularon de distinta manera el asunto atinente a los salarios y prestaciones sociales de los docentes oficiales, por lo que en varios departamentos y municipios, antes de la expedición de dicha norma, los maestros oficiales devengaban emolumentos adicionales a los mínimos legales, lo cual responde a la voluntad o intención del legislador de garantizar el respeto por los derechos adquiridos de los docentes nacionalizados que venían devengando emolumentos salariales y prestacionales adicionales a los mínimos legales, reconocidos por normas de orden territorial.

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 1968³⁵, 1848 de 1969³⁶ y 1045 de 1978³⁷, o que se expidan en el futuro, esto es, la Ley 344 de 1996³⁸, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989.

³³ Destacado por la Sala.

³⁴ «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.»

³⁵ «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.»

³⁶ «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968»

28. Así, en virtud de lo dispuesto por Ley 91 de 1989, aquellos docentes vinculados con anterioridad a 31 de diciembre de 1989, conservarían el régimen prestacional que gozaban en la entidad territorial a la cual se encontraban adscritos, esto es, la Ley 6 de 1945³⁹ y demás normas concordantes y quienes se incorporen 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 es anualizado y reviste las siguientes características:

i) 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;

ii) Intereses: Anual sobre el valor acumulado de la cesantía al 31 de diciembre de cada año, equivalente a 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.

29. Posteriormente, a través de la Ley 60 de 1993⁴⁰, se creó el situado fiscal que sería destinado a la educación⁴¹ y se definieron los porcentajes de participación cedidos por la Nación a los entes territoriales, el cual sería administrado bajo la responsabilidad de los departamentos y distritos⁴². En el artículo 6 *ibidem* se señaló

³⁷ «Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadoras oficiales del sector nacional.»

³⁸ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

³⁹ «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.»

⁴⁰ «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.»

⁴¹ «Artículo 9. El situado fiscal, establecido en el artículo 356 de la Constitución Política, es el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que será cedido a los departamentos, el Distrito Capital y los distritos especiales de Cartagena y Santa Marta, para la atención de los servicios públicos de educación y salud de la población y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49, 67 y 365 de la Constitución Política. El situado fiscal será administrado bajo responsabilidad de los departamentos y distritos de conformidad con la Constitución Política.»

⁴² «ARTICULO 11. Distribución del situado fiscal. El situado fiscal consagrado en el artículo 356 de la Constitución Política, se distribuirá en la siguiente forma: 1. El 15% por partes iguales entre los Departamentos, el Distrito Capital y los Distritos de Cartagena y Santa Marta. 2. El 85% restante, de conformidad con la aplicación de las siguientes reglas: a) Un porcentaje variable equivalente a la suma de los gastos de atención de los usuarios actuales de los servicios de salud y educación de todos los departamentos y distritos del país, hasta el punto que sumado con el porcentaje del numeral lo permita la prestación de los servicios en condiciones de eficiencia administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1 del presente artículo. Este porcentaje se considerará para efectos de cálculo como el situado fiscal mínimo. b) El porcentaje restante, una vez efectuada la distribución por Situado Fiscal Mínimo para salud y educación, se asignará en proporción a la población potencial por atender, en los sectores de salud y educación, y al esfuerzo fiscal ponderado, de conformidad con los criterios establecidos en el parágrafo 2 del presente artículo. La metodología para establecer la población usuaria actual, para aplicar las reglas de distribución de los recursos del situado fiscal y para diseñar los indicadores pertinentes, será adoptada por el CONPES para la Política Social de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo. En todo caso se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: i) Los usuarios actuales en educación, son la población matriculada en cada año en el sector oficial, más la becada que atiende el sector privado. La población becada se contabilizará con una ponderación especial para efectos de la estadística de usuarios. ii) La población potencial, en educación, es la población en edad escolar comprendida entre los 3 y los 15 años de edad, menos la atendida por el sector privado. iii) Los usuarios actuales en salud, son la población atendida en cada año por las instituciones oficiales y privadas que presten servicios por contratos con el sector oficial, medida a través del registro de las

que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporaran a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y los de las nuevas vinculaciones, sería el reconocido por la Ley 91 de 1989, en los siguientes términos:

«El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y **las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989**, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. Las sumas por concepto de provisiones y aportes para la atención del pago de las prestaciones del personal docente del orden territorial, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán giradas al mismo por las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones de la presente ley. El valor actuarial del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deberán trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se determinará, para estos efectos, con base en la liquidación que se realice con cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos.» (Se resalta)

30. En desarrollo de los principios constitucionales sobre el derecho a la educación, fue proferida la Ley 115 de 1994 «Por la cual se expide la ley general de educación», a través de la cual se definió en el artículo 115 que el régimen especial de los educadores estatales sería el previsto en dicha norma y en las **Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993**⁴³.

31. Ahora bien, la obligación de **afiliar** a los docentes departamentales, distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales al FOMAG surgió con el Decreto 196 de 1995 «por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994», a través del cual se categorizaron y definieron los distintos tipos de educadores estatales cuyas prestaciones sociales serían reconocidas a través del citado fondo una vez estuvieran debidamente afiliados, así:

«Artículo 2º.- Definiciones. Para los efectos de la aplicación del presente Decreto, los siguientes términos tendrán el alcance indicado en cada uno de ellos:

Docentes nacionales y nacionalizados: Son aquellos que han venido siendo financiados con recursos de la Nación y que se financian con recursos del situado fiscal, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 60 de 1993.

Docentes Departamentales, Distritales y Municipales:

consultas de medicina, enfermería y odontología y de los egresos hospitalarios. Iv) La población potencial en el sector salud se mide como la población total del departamento, no cubierta plenamente por el sistema contributivo de la seguridad social, ponderada por el índice de necesidades básicas suministrado por el DANE.»

⁴³ «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»

a) Son los docentes vinculados por nombramiento de la respectiva entidad territorial con cargo a su propio presupuesto y que pertenecen a su planta de personal;

b) Son igualmente los docentes financiados o cofinanciados por la Nación-Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales.

Docentes de Establecimientos Públicos Oficiales: Son aquellos que pertenecen a la planta de personal del respectivo establecimiento público educativo nacional o territorial, laboran en los niveles de preescolar, de educación básica en los ciclos de primaria y secundaria y de educación media y son pagados con recursos establecimiento.

Prestaciones sociales causadas y no causadas: Las prestaciones causadas son aquellas para las cuales se han cumplido los requisitos que permiten su exigibilidad, y las prestaciones sociales no causadas son aquellas en las que tales requisitos no se han cumplido, pero hay lugar a esperar su exigibilidad futura, cuando reúnan los requisitos legales.»

32. En el artículo 4 *ibídem* se previó que los docentes departamentales y municipales financiados o cofinanciados mediante convenios por la Nación – Ministerio de Educación Nacional serían **afiliados al citado fondo bajo el régimen establecido en la Ley 91 de 1989** y sus decretos reglamentarios o demás disposiciones que lo modifiquen, tal como se transcribe a continuación:

«Artículo 4º.- Docentes departamentales y municipales financiados o cofinanciados por la Nación -Ministerio de Educación Nacional. Los docentes departamentales y municipales financiados o cofinanciados por la Nación-Ministerio de Educación Nacional mediante convenios, serán afiliados o incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el régimen de la Ley 91 de 1989 y sus Decretos reglamentarios 1775 y 2563 de 1990 o de las disposiciones que modifiquen el régimen indicado, previo el cumplimiento de los requisitos económicos y formales establecidos para el efecto. Los docentes así vinculados que previamente se encuentren afiliados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces, quedarán eximidos de los requisitos económicos de afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio.

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

Parágrafo.- Una vez se venzan los términos de los convenios de plazas financiadas cofinanciadas, los derechos salariales y prestacionales se pagarán con cargo al situado fiscal.» (Se resalta)

33. De acuerdo con las normas transcritas, los docentes vinculados a plazas municipales y departamentales mediante convenios con la Nación – Ministerio de Educación Nacional, conforme lo dispone el artículo 4 del Decreto 196 de 1995, se seguirían rigiendo por Ley 91 de 1989, que previó en materia prestacional la aplicación de las normas de los **empleados públicos del orden nacional**.

34. En los artículos 5 y 7 del citado decreto, se estableció que a los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios se les respetaría el régimen prestacional que tuvieran al momento de su vinculación. Dice la norma:

«Artículo 5º.- Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, [...]. A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renunciaciones o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.»

35. A través del Acto Legislativo 01 de 2001⁴⁴, se creó el **Sistema General de Participaciones** de los entes territoriales y en desarrollo del mismo, se expidió la Ley 715 de 2001 «Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.» en virtud de la cual, se estableció un porcentaje de **recursos de la Nación** para cada uno de los sectores que posteriormente se repartiría entre los municipios, distritos y departamentos⁴⁵.

36. Posteriormente, el Decreto 3752 de 2003⁴⁶, al reglamentar la obligación de afiliación de los educadores del sector oficial de acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989, previó lo siguiente:

« ARTÍCULO 1º.- 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 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004. Parágrafo 1º.- 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

⁴⁴«Por medio del cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política.

[...]

ARTÍCULO 2. El artículo 356 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 356. Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de los Departamentos, Distritos, y Municipios. Para efecto de atender los servicios a cargo de éstos y a proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación, se crea el Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios. [...]

⁴⁵ «Artículo 4. Distribución Sectorial de los Recursos. Modificado por el art. 2, Ley 1176 de 2007, Modificado transitoriamente por el art. 4, Decreto Nacional 017 de 2011. El monto total del Sistema General de Participaciones, una vez descontados los recursos a que se refiere el parágrafo 2º del artículo 2º, se distribuirá las participaciones mencionadas en el artículo anterior así: la participación para el sector educativo corresponderá al 58.5%, la participación para el sector salud corresponderá al 24.5 la participación de propósito general corresponderá al 17.0. »

⁴⁶ « 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»

prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar.» (Resaltado y negrilla fuera del texto original).

37. La disposición transcrita previó a cargo de la entidad territorial sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias por la falta de afiliación al FOMAG y el consecuente traslado de las cesantías; sin embargo, no dispuso de manera expresa una sanción moratoria equivalente a la prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, tal como se expondrá a continuación.

De la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990.

38. La Ley 50 de 1990 «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones», contempló en su artículo 99 una sanción para el empleador que incumpla **el plazo para efectuar la consignación del auxilio de cesantías en la cuenta individual del fondo privado administrador seleccionado por el trabajador**, en los siguientes términos:

«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.**

39. De las norma transcrita, se establece que la aludida sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, creada en principio para los trabajadores particulares, se causa a cargo del empleador que **incumpla la obligación de consignar el valor liquidado por la anualidad o la fracción correspondiente con anterioridad al 15 de febrero del año siguiente en la cuenta individual del empleado en el fondo administrador**. La finalidad del legislador al establecer esta disposición fue regular la situación prestacional de los empleados del sector privado condicionada a la escogencia libre del fondo para la administración de la prestación social.

40. De otro lado, en el sector público el sistema de liquidación de cesantías que en su mayoría se caracterizaba por la retroactividad, fue eliminado definitivamente para dar paso al anualizado a través del artículo 13 de 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»⁴⁷; norma que previó la liquidación anual del auxilio a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado (Ramas Legislativa y Ejecutiva)⁴⁸, 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.»

41. La anterior disposición fue reglamentada parcialmente por el Decreto 1582 de 1998⁴⁹, que extendió el régimen de liquidación de cesantías anualizado a los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, en los siguientes términos:

«Artículo 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998. Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998.» (Negritas y subrayas fuera del texto original).

42. De otra parte, el Decreto 1252 de 2000 «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública», estableció lo siguiente:

«Artículo 1º.- Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías.

⁴⁷ Publicada en el Diario Oficial No. 42.951 de 31 de diciembre de 1996.

⁴⁸ Excepto el personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

⁴⁹ «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. 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.» (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

43. La disposición transcrita previó que los empleados públicos tendrían derecho al pago de las cesantías en los términos de las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, pero, según el caso, y aun en el evento en que la entidad u organismo dispusiera de un régimen especial. Aunado a ello, estableció que los fondos o entidades públicas que administraran y pagaran las cesantías a los servidores públicos afiliados continuarían haciéndolo. Por consiguiente, el decreto en cita no estableció, de manera unívoca, la aplicación de la Ley 50 de 1990 a los docentes regulados por la Ley 91 de 1989 con relación al reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación en el fondo de las cesantías.

44. Así las cosas, se concluye que no existe una norma que haya extendido la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 a los docentes beneficiarios del régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones sociales son administradas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, patrimonio autónomo de carácter público que no puede ser equiparado a las instituciones financieras de carácter privado.

Aplicación del principio de favorabilidad para el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 al personal docente del sector oficial afiliado al FOMAG.

45. La Corte Constitucional en la Sentencia SU098/18⁵⁰, indicó que en virtud del **principio de favorabilidad en materia laboral**, es procedente aplicar lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales, ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG, por las consideraciones que la Sala transcribirá *in extenso* a continuación:

«[...] en este caso es necesario que la Corte evalúe la posible violación directa de la Constitución, debido a que la interpretación por la que optaron los jueces, implica el desconocimiento del artículo 53 de la Carta Política.

Este mandato constitucional establece una serie de derechos y garantías mínimas fundamentales en favor de los trabajadores, que no pueden ser desconocidos. Entre estos, se encuentra el principio de favorabilidad en la aplicación de las normas jurídicas laborales o en la interpretación de éstas, lo cual supone que el funcionario público deberá

⁵⁰ Expediente T-6.736.200. M.P. Gloria Stellá Ortiz Delgado.

optar por dar aplicación a la situación más favorable para el trabajador cuando exista un conflicto de normas jurídicas o dudas en la interpretación de una determinada norma jurídica⁵¹.

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional ha reconocido que el hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política.

En el caso objeto de estudio se evidencia que existe una postura más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales, esto es, aquella que reconoce que este grupo de trabajadores del Estado tiene derecho a la sanción por mora en el pago del auxilio de cesantía.

A pesar de que los jueces adoptaron una postura razonable y se encuentra justificada desde el punto de vista legal, este entendimiento excluyó otra posible interpretación de la normativa general que consagra la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Esto, por cuanto el ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a **todos los empleados públicos**. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000⁵²:

“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”. (Subraya fuera de texto)

Así las cosas, aunque los jueces contencioso administrativos expusieron que la anterior normativa no era aplicable a los docentes del sector oficial porque se encuentran cobijados por un régimen especial, y que la norma remite a las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, de lo cual concluyeron que estaban excluidos, omitieron realizar una lectura de la norma en todo su contexto y a la luz de la interpretación que estuviera conforme a la Constitución.

De esta manera, la Sala no comparte el anterior razonamiento, puesto que precisamente las normas que se encuentran en la disposición, en particular, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996. Al respecto, las autoridades judiciales interpretaron el aparte “*sin perjuicio de (...) lo estipulado en la Ley 91 de 1989*” bajo un entendimiento restrictivo, en el sentido de que los docentes estaban excluidos de este contenido de manera categórica.

No obstante, como quedó visto en la parte considerativa de esta providencia, existe otra interpretación sobre el alcance de esta norma. Así, en varios pronunciamientos del Consejo de Estado sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en virtud de lo dispuesto en la Ley 50 de 1990 se establece que aunque en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y el Decreto Reglamentario 1582 de 1998 se extiende el régimen de liquidación y pago de las cesantías a los servidores públicos del nivel territorial, también lo es que, en materia prestacional los docentes que se vincularon con posterioridad al 1°

⁵¹ Sentencias T-401 de 2015 y T-464 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵² “Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la Fuerza Pública”.

de enero de 1990 -que sería el caso del actor, pues su vinculación se efectuó el 31 de marzo de 2003- se encuentran sometidos a las normas de los empleados públicos del orden nacional, según lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Bajo esta perspectiva, dichos fallos del Consejo de Estado concluyen que no es que los docentes estén excluidos de lo dispuesto en la norma, sino que no son destinatarios de la sanción moratoria que se extendió a los servidores públicos del orden territorial porque no cumplen los requisitos de: (i) reunir la condición territorial ni (ii) estar afiliados a un fondo privado administrador de cesantías de aquéllos creados por la Ley 50 de 1990, pues para eso se creó el FOMAG.

Una vez realizada la anterior aclaración, encuentra la Corte que existe una interpretación favorable al actor que no se tuvo en cuenta por el despacho ni la Corporación Judicial, y que se encuentra en el mismo contenido de la disposición en comento, pues allí se establece, en lo pertinente, que los empleados públicos que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del Decreto 1252 de 2000 —el actor se vinculó el 31 de marzo de 2003- tienen derecho al pago de las cesantías en los términos establecidos en la Ley 50 de 1990 y que lo allí dispuesto se aplica aún en el evento en que el servidor público se rija por un régimen especial que regule las cesantías.

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

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

Realizada la anterior aclaración, esta Corporación considera que, en el régimen anualizado, aplicable al caso de los docentes vinculados después de 1990 y 1996, es lógico que se exija la afiliación y el pago oportuno del auxilio de cesantías, **ya que la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. Sin duda, este sistema solo puede ser equitativo si las personas pueden contar con su pago de forma oportuna para poder disponer de la prestación en cualquiera de los eventos en que se permite, esto es, ante el desempleo, para financiar la educación propia, de compañeros permanentes, de los hijos o dependientes⁵³ y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda⁵⁴.**

⁵³ Ley 50 de 1990. "Artículo 102°.- El trabajador afiliado a un Fondo de Cesantía sólo podrá retirar las sumas abonadas en su cuenta en los siguientes casos:

1. 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.
2. 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.
3. 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.

Parágrafo. El trabajador afiliado a un fondo de cesantías también podrá retirar las sumas abonadas por concepto de cesantías para destinarlas al pago de educación superior de sus hijos o dependientes, a través de las figuras de ahorro programado o seguro educativo, según su preferencia y capacidad".

⁵⁴ Código Sustantivo del Trabajo. "Artículo 256. Financiación de viviendas. <Artículo modificado por el artículo 18 del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Los trabajadores individualmente, podrán exigir el pago parcial de su auxilio de cesantía para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda, siempre que dicho pago se efectúe por un valor no mayor del requerido para tales efectos.
2. Los {empleadores} pueden hacer préstamos a sus trabajadores sobre el auxilio de cesantía para los mismos fines. (...)"

Adicionalmente, cabe anotar que, como quedó visto, **una interpretación restrictiva de la aplicación de la sanción moratoria incurriría en un trato desigual de los docentes frente a otros trabajadores del Estado que gozan de la sanción como garantía de la prestación. Esta distinción viola el derecho a la igualdad toda vez que los docentes tendrían un derecho limitado por tener una categoría específica dentro de los trabajadores estatales, lo cual no constituye un motivo válido en sí mismo para negar su acceso.**

Si bien se ajusta a la Constitución la creación de regímenes especiales, inclusive dentro de los trabajadores del Estado, en este caso se trata de una prestación exigible para todos los trabajadores, por lo cual la discusión está en su forma de garantía. El derecho a la igualdad exige que no se hagan distinciones injustificables entre sujetos asimilables. Los docentes hacen parte de los empleados públicos, a quienes, en general, les aplica la sanción moratoria. En tal medida, se trata de un escenario en el cual todos gozan de una prestación, el auxilio de cesantías, que garantiza la subsistencia ante el desempleo y el acceso a la educación y vivienda. Por ello, un acercamiento que disminuye la protección de la garantía a unos en perjuicio de los otros viola el derecho a la igualdad.

Como se advirtió, los docentes se encuentran en la categoría de los empleados públicos y no existe razón que justifique que en su calidad de trabajadores no tengan derecho, de la misma forma que los demás servidores públicos, a que sus prestaciones sociales sean canceladas en tiempo. Una interpretación contraria no protegería a estas personas en la misma forma que a otros servidores públicos, lo cual tendría como consecuencia la restricción de su posibilidad de gozar de la garantía del pago oportuno del auxilio de cesantías y, a su vez, de las protecciones ya mencionadas que se derivan de esa prestación.

Para la Sala, la anterior interpretación no resulta incompatible con el régimen especial que regula la figura del auxilio de cesantías de los docentes porque no afecta los requisitos, términos y competencia para su reconocimiento ni afecta el derecho de los docentes a esta prestación como tampoco genera exclusiones entre los docentes del magisterio, lo cual, al parecer, si se derivaría de la interpretación según la cual solo los docentes del sector territorial tendrían derecho a esta consecuencia legal por el incumplimiento de la consignación de la prestación social del auxilio de cesantías.

Sumado a lo anterior, **el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que hipótesis como las que ahora se encuentran bajo estudio pueden desconocer el derecho a la igualdad.**

Acerca del criterio hermenéutico de especialidad, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que este *"permite reconocer la vigencia de una norma sobre la base de que regula de manera particular y específica una situación, supuesto o materia, excluyendo la aplicación de las disposiciones generales"*⁵⁵ y también que, a través de este principio, en caso de incompatibilidad entre una norma general y una especial, prevalece esta última⁵⁸ *"sobre la base de que la norma especial sustrae o excluye una parte de la materia gobernada por la ley de mayor amplitud regulatoria, para someterla a una regulación diferente y específica, sea esta contraria o contradictoria, que prevalece sobre la otra"*⁵⁷.

En este marco, **la Sala advierte que en este caso no se presenta antinomias legales que puedan y deban resolverse a través del principio de especialidad, ya que no se trata de elegir la aplicación de una u otra normativa, pues lo que sucede es que la norma especial carece de regulación respecto a una figura jurídica que sí está presente en la norma general, por tanto, lo que se evidencia es un vacío. Es decir, la normativa que regula el régimen especial de docentes no reguló la materia de la**

⁵⁵ Sentencia C-451 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵⁸ Sentencia C-439 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁵⁷ *Ibidem*

sanción moratoria ni sustrajo o excluyó esta figura jurídica que sí está regulada en la norma general, en consecuencia, no se trata de normas excluyentes que exigen aplicar una u otra sino de disposiciones que se complementan.

Bajo esta línea argumentativa es importante enfatizar que en este caso no se vulnera el principio de inescindibilidad o conglobamiento, según el cual *"El texto legal así escogido debe (...) aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido"*⁵⁸, en razón a que, **al elegirse la norma más favorable al trabajador, es aplicable en su totalidad el contenido referente a la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías en los términos previstos en la Ley 50 de 1990.**

Esto es, no se elige parte de su contenido, pues no se aplican de manera fragmentada los contenidos normativos que más favorecen al trabajador con fundamento en distintas fuentes normativas, sino que como quedó expuesto, en el **régimen especial hay una ausencia de regulación de la figura de la sanción moratoria por la no consignación de cesantías (vacío normativo), mientras que el régimen general sí la contempla. Así las cosas, se aplica de manera completa la norma especial, excepto en caso de vacío, en donde se aplica el régimen general.**

Por otro lado, no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad⁵⁹, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

[...]

De conformidad con todo lo expuesto, **en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.**

Cabe anotar que la figura jurídica de la sanción moratoria, que se encuentra en dos fuentes normativas distintas (Ley 50 de 1990 y Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006), se origina en causas disímiles. Por ejemplo, una de ellas es que la sanción que contempla la Ley 50 de 1990 se origina ante la no consignación del empleador en los términos previstos por el Legislador, mientras que la sanción prevista en la Ley 244 de 1995 se da en razón a la solicitud del interesado y la consignación tardía luego de que se emite el respectivo acto administrativo que reconoce la liquidación del auxilio de cesantías, de forma parcial o total, a favor del trabajador. Además, la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, está sujeta al fenómeno de la prescripción⁶⁰.

Retomando, la no consignación de las cesantías y el pago tardío de las mismas tienen causa generadora y un componente temporal diferente y en el caso de los servidores

⁵⁸ Sentencia T-832A de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁹ Sentencia SU-1185 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 12 de octubre de 2016, Radicación número: 08001-23-31-000-2012-00091-01(1899-14). Consejero Ponente, Sandra Lisset Ibarra Vélez: *"La prescripción fue objeto de estudio por la Sección Segunda para señalar que en los asuntos relativos a sanción moratoria, se debe aplicar el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, que prevé que el término de prescripción es de tres (3) años, y se debe contar a partir de la fecha en que la obligación se hace exigible y su interrupción pero solo por un lapso igual, el cual tiene lugar con el simple reclamo escrito del interesado y para el caso de los empleados públicos deberá presentarse ante la autoridad pública competente"*.

Sobre este mismo aspecto pueden revisarse los siguientes fallos, entre ellos, una sentencia de unificación. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 30 de marzo de 2017 Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00332-01(3815-15) Consejero ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016. Rad. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

públicos conviven sin restricción. Es importante recordar que ya existe un pronunciamiento de esta Corporación que establece que los docentes como empleados públicos tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías en aplicación del principio constitucional de favorabilidad, pues no existe justificación constitucional para que a los docentes no le cancelen la prestación social de las cesantías en tiempo. Por tanto, inobservar esta regla sería desconocer la calidad de empleados públicos que la jurisprudencia constitucional le otorgó a los docentes del sector oficial y lo dispuesto en el artículo 53 Superior acerca del principio de favorabilidad. Así, aunque en este pronunciamiento se resolvió una hipótesis distinta, en la medida en que la sanción que allí se reconoce a los docentes tiene una fuente normativa diferente, la razón de la decisión de la misma es vinculante y no se puede desconocer.

Específicamente, la **Sentencia SU 336 de 2017**⁶¹ expuso como uno de los aspectos relevantes aplicable al presente caso que "(...) El propósito del Legislador al implementar el auxilio de cesantía así como la sanción por la mora en el pago de la misma, fue garantizar los derechos a la seguridad social y al pago oportuno de las prestaciones sociales de los trabajadores, tanto del sector público como del privado, a través de la implementación de un mecanismo ágil para la cancelación de un sustento que se torna básico para aquellos y sus familias" (Subraya fuera de texto)

Cabe anotar que en este pronunciamiento se aplicó el régimen general de las cesantías de los servidores públicos, en lo que concierne a la sanción moratoria por pago tardío que contempla la Ley 244 de 1995⁶² modificada por la Ley 1071 de 2006⁶³ a los docentes y, en este caso, como quedó visto, se trata de aplicar el régimen general de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías que consagra la Ley 50 de 1990, el cual en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000 se extendió a los servidores públicos, categoría dentro de la cual caben, como ya se expuso, los docentes como empleados públicos.

Por lo tanto, la razón de la decisión de dicha sentencia de unificación es aplicable a este caso pues, excluirlo, implica apartarse de la racionalidad del mismo y desconocer la interpretación que más se ajusta a los postulados constitucionales a la luz del principio de favorabilidad y la cláusula de Estado Social de Derecho.

En este orden de ideas, el despacho y la Corporación Judicial, al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, aplicaron la interpretación más restrictiva para los derechos del docente. En efecto, **los despachos judiciales accionados desconocieron que aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, y el Decreto 1252 de 2000, no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción, pues esta es la interpretación que más se ajusta a la Constitución.**

⁶¹ M.P. Iván Humberto Escrucera Mayolo

⁶² "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" (...) Artículo 1°. - Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley".

⁶³ "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" (...)

Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.

Artículo 2°. Ambito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro".

En consecuencia, la Sala Plena concluye que los despachos judiciales accionados incurrieron en violación directa de la Constitución, pues desconocieron el principio de interpretación conforme a la Constitución y de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 Superior, al negar el reconocimiento de la sanción moratoria por retardo en el pago de las cesantías, pues ante interpretaciones razonables sobre la norma que consagra esta prestación, eligieron la menos favorable para el docente.»

46. Así, la Corte Constitucional concluyó «[...] en este caso no se presenta antinomias legales que puedan y deban resolverse a través del principio de especialidad, ya que no se trata de elegir la aplicación de una u otra normativa, pues lo que sucede es que **la norma especial carece de regulación respecto a una figura jurídica que sí está presente en la norma general, por tanto, lo que se evidencia es un vacío**», de ahí que les sea aplicable **«en su totalidad el contenido referente a la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías en los términos previstos en la Ley 50 de 1990.»** (Se resalta).

47. Sobre el particular, es preciso que la Sala de decisión deje sentada su posición, para señalar que el principio de favorabilidad contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política, ha sido definido por la doctrina como la «facultad que tiene el juez de trabajo para resolver los casos de conflicto entre dos o más disposiciones legales o contractuales, mediante la aplicación de aquella que más favorezca y proteja el interés del trabajador, independientemente de su origen, naturaleza o rango jerárquico»⁶⁴. Al respecto, esta Corporación⁶⁵, ha señalado que la potestad del juez para optar por la regla más favorable para resolver un caso, implica necesariamente la concurrencia de dos elementos: «(i) la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica que una u otra interpretación tengan; y (ii) la noción de interpretaciones concurrentes, pues además de generar duda, deben ser aplicables a los supuestos de hecho de las disposiciones normativas en juego y a las situaciones fácticas concretas.»

48. Tal como se expuso en la sentencia revisada por la Corte Constitucional y que fuere dejada sin efectos, en el caso del demandante no se configuraba la conflictividad de disposiciones aplicables o una dualidad de interpretaciones de una misma disposición normativa, entre las cuales, el juez debía determinar el precepto que conllevara mayor favorabilidad al empleado.

⁶⁴ LÓPEZ FAJARDO, Alberto. «Elementos de Derecho del Trabajo – Partes Individual y Colectiva». Tercera Edición. Ed. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá. 2006.

⁶⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 2249 de 30 abril de 2015. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Sentencia de 25 de enero de 2016. Rad. No. 66001233300020120006001. C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

49. Lo anterior, por cuanto la finalidad del legislador y de manera conjunta con el Gobierno Nacional⁶⁶ al crear el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, era precisamente **unificar el sistema prestacional de los maestros del sector público**, que con ocasión de la diversidad de regímenes que obedecían a las vinculaciones con las diferentes entidades territoriales, generó un grave desorden y desigualdad que pretendió eliminarse con la expedición de la Ley 91 de 1989. En la exposición de motivos del entonces Proyecto de ley 49 de 1989⁶⁷, se planteó la problemática y la solución, en los términos que la Sala se permite transcribir a continuación:

«[...]

Diagnóstico de la situación.

De 1973 para atrás la educación primaria y secundaria era un servicio público a cargo de las entidades territoriales; coexistían en el sector 22 regiones departamentales diferentes; otros para las intendencias y comisarías, un régimen híbrido para los territorios de misiones sujetos a concordato y otro régimen para el Distrito Especial. Por separado, la Nación también contaba con su propio régimen vigente en los planteles atendidos por docentes nombrados directamente por el Ministerio.

Como puede observarse la situación del magisterio en materia prestacional revestía un desorden y una complejidad enormes, donde las diferencias de remuneración alcanzaban extremos tales que, por ejemplo, profesionales del mismo rango que laboraban en el Distrito Especial, recibían un 40% más que sus colegas que estaban ubicados en otros territorios del país.

[...]

Solución al problema.

Con este proyecto pretendemos definir, de una vez por todas, las responsabilidades en materia salarial y prestacional, y replantear los mecanismos financieros y administrativos vigentes para el pago de las obligaciones vigentes y futuras.

[...]

Para poder atender de manera eficiente y oportuna las prestaciones sociales que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente ley y con el objeto de contar con un instrumento moderno, ágil y exclusivamente dedicado a esta tarea se propone la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. [...] Los objetivos del Fondo son: **Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado; buscar los mecanismos para la prestación de los servicios médico-asistenciales y velar porque tanto la Nación como los departamentos cumplan oportunamente con los recursos que le corresponden** [...]. (Resaltado de la Sala).

50. Así, en la ponencia para primer debate en el Senado⁶⁸, se planteó la necesidad de crear un instrumento normativo, con la finalidad de materializar dos objetivos

⁶⁶ Representado por los Ministros de Hacienda y Crédito Público, y de Educación Nacional.

⁶⁷ Consultado en Anales del Congreso 69 del 1º de septiembre de 1989. Páginas 7 y 8.

⁶⁸ Consultado en Anales del Congreso 103 del 17 de octubre de 1989. Páginas 2 a 5.

generales, entre ellos la creación del FOMAG, con las siguientes fuentes de financiación:

«[...] La creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la definición de un Régimen Laboral único a partir del 1º de enero de 1990.

El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se propone como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística pero sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o por una sociedad de economía mixta en la cual el Estado posea más el 90% del capital.

El Fondo será estatal pero no burocrático. De este modo se concilia la necesidad de precautelar el dominio público y colectivo sobre entidades y actividades que no conviene entregar al ánimo de lucro individual o sea a la empresa privada, con la comprensible preocupación por la burocratización, la ineficacia y la improductividad de muchos organismos estatales.

Debe decirse que el marco de actividades del Fondo se reduce a la administración y pago de cesantías, de las otras prestaciones sociales y económicas, de la asunción y atención de los riesgos de salud y de los económicos del magisterio.

Dos fuentes de financiación nutrirán al fondo. De un lado la Nación y las entidades territoriales deberán trasladarle las sumas, que de acuerdo con la liquidación de cuentas ordenadas por la ley resulten adeudar por causa de las prestaciones generadas y no exigibles con anterioridad al 31 de diciembre de 1989.

[...]

El esquema de cotizaciones de la Nación como empleadora y de los docentes como trabajadores es la segunda gran fuente de financiación del Fondo. A diferencia de la primera no se agotará por la cancelación de una suma previamente definida, sino que se reproducirá en el tiempo, a manera de contribución de tracto sucesivo, con la frecuencia con que sucedan los pagos de salarios, nóminas, pensiones y liquidaciones anuales de cesantías. La ponencia ha estudiado el esquema de cotizaciones comparándolo con el de la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo del Congreso. Si insiste en repetir que de este punto dependerá en mucho el equilibrio futuro del fondo. No hay duda que cualquier déficit deberá ser enjugado por el presupuesto nacional, para lo cual la única excusa válida será una honrada y eficiente administración del nuevo fondo, o por un incremento de aportes de afiliados y de la Nación. [...]. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

51. De lo expuesto hasta este punto, se establece que tanto el Gobierno al presentar el proyecto de ley, como el Congreso al debatirlo, coincidieron en la finalidad de crear un patrimonio autónomo administrado por una entidad fiduciaria estatal que en términos del legislador permitiera **«mantener el equilibrio del Fondo y delimitar las responsabilidades de cotización entre la Nación y los maestros»**, en aras de **«conciliar los intereses nacionales con los de los educadores»**, a través de la implementación de una norma que definiera en forma clara, las responsabilidades en materia prestacional y replanteara los mecanismos financieros y

administrativos que en aquella época existían para el pago de las obligaciones ya existentes, así como las futuras relacionadas con los docentes del sector oficial.

52. Ahora bien, con relación al manejo de las cesantías, y en virtud de los análisis económicos y financieros efectuados para la implementación del nuevo sistema previsto en la Ley 50 de 1990 para los trabajadores particulares que se afiliaran a los fondos privados, se acogió la alternativa de la **eliminación de la retroactividad** que precipitaba descapitalizaciones empresariales por el pago de valores acumulados de cesantías. Ello, con el fin de propugnar por el interés general y la reciprocidad financiera, con miras a favorecer a los docentes, a saber:

«[...]

Se adopta el pago anual de intereses comerciales para las cesantías acumuladas en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior. Beneficia a los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y a los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990. Se utilizará la tasa promedio de captación del sistema financiero del período anual que certifique la Superintendencia Bancaria. **Reemplaza la retroactividad que no beneficia a los nacionales pero que opera favorablemente para la totalidad de los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 1º de enero de 1990.**

La fórmula transaccional no es nueva, se ha tomado de las alternativas de la retroactividad estudiados en el campo de los trabajadores particulares. Acoge las aspiraciones del Gobierno de no continuar con la retroactividad y la de Fecode de obtener una reciprocidad financiera [...]».

53. Lo anterior, en modo alguno permitiría inferir que uno y otro régimen prestacional son similares, dado que las sociedades administradoras de fondos de cesantías, cuyas características, por facultad de la ley, se establecieron por el Gobierno a través de decreto pueden equipararse a la naturaleza de la cuenta especial de la Nación creada para el manejo de las prestaciones sociales y los servicios de salud de los afiliados al FOMAG; así como tampoco puede concluirse que la intención del legislador fuese equiparar a los docentes beneficiarios de la Ley 91 de 1989, respecto del sistema previsto en la Ley 50 de 1990 y que se extendió únicamente a trabajadores particulares y aquellos servidores públicos afiliados a fondos de carácter privada.

54. Una interpretación contraria desdibuja la intención del legislador de unificar el régimen prestacional de los maestros prestadores del servicio público y esencial de la educación, principalísimo objetivo del Congreso, que se plasmó en el pliego de

modificaciones del proyecto de ley, que actualmente es la Ley 91 de 1989, el cual dependerá de la fecha de vinculación del afiliado. Allí se expuso lo siguiente:

«[...] El principio imperante divide en dos los regímenes prestacionales del Magisterio. El primero rige a los docentes que se vinculen hasta el 31 de diciembre de 1989 y el segundo, a quienes lo hagan a partir del 1º de enero de 1990. El primero a su vez contiene tantos sistemas normativos (regímenes) cuantas diferencias se presentan entre los que regulan las prestaciones con los docentes en una u otra entidad territorial.

[...]

El principio de unificación prestacional o de régimen único es relativo y se entiende de la siguiente manera: Todos los maestros, con excepción de los del nivel superior o universitario vinculados a la Nación, de conformidad con las leyes vigentes, a partir del 1º de enero de 1990, quedarán sometidos al sistema prestacional y de cesantías aplicable a los empleados públicos del orden nacional, de acuerdo con las leyes presentes o futuras, y teniendo en cuenta que en la actualidad se reúnen en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1968.»

55. En otras palabras, concluir que lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996⁶⁹ o el Decreto 1252 de 2000⁷⁰, conlleva a la aplicación de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, desconoce el régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989 y administrado a través de un fondo de naturaleza especial, pues de acuerdo con la interpretación planteada por el actor se crea una nueva regla en la que aquellos maestros vinculados a partir del año 1996 o 2000 -en tanto no se establece de manera clara-, tendrían derecho al reconocimiento de la sanción moratoria. al respecto la Corte Constitucional en la Sentencia SU098/18 consideró lo siguiente:

«[...] Una vez realizada la anterior aclaración, encuentra la Corte que existe una interpretación favorable al actor que no se tuvo en cuenta por el despacho ni la Corporación Judicial, y que se encuentra en el mismo contenido de la disposición en comento, pues allí se establece, en lo pertinente, que los empleados públicos que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del Decreto 1252 de 2000 –el actor se vinculó el 31 de marzo de 2003- tienen derecho al pago de las cesantías en los términos establecidos en la Ley 50 de 1990 y que lo allí dispuesto se aplica aún en el evento en que el servidor público se rija por un régimen especial que regule las cesantías.

Además, el párrafo del artículo 1º del Decreto 1252 de 2000 consagra que los fondos que administran y pagan las cesantías a los servidores referidos seguirán haciéndolo, dentro de los cuales está incluido el fondo del FOMAG. Por tanto, la interpretación que permita concluir que dicha sanción moratoria no es aplicable al

⁶⁹ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.

[...]

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 Organos 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.»

⁷⁰ «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública.»

actor bajo el argumento de que no cumple la condición de pertenecer a la categoría de servidor público territorial ni la de encontrarse afiliado a un fondo privado, también puede entenderse de manera distinta a la luz de lo dispuesto en el párrafo precitado.

En este punto, vale aclarar que la Sección Segunda del Consejo de Estado en el escrito de impugnación sostuvo que el régimen especial de los docentes que contempla la Ley 91 de 1989 respecto a la prestación social de las cesantías es diferente al sistema anualizado previsto en las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996. Sin embargo, esta misma Corporación en Sentencia del 14 de junio de 2018 aclaró que: *"De las normas expuestas en precedencia, se establece que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 los docentes que se vinculen a partir de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional que establece un sistema anualizado, sin retroactividad y pago de intereses a sus beneficiarios"*⁷¹ (Subraya fuera de texto).

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

Realizada la anterior aclaración, esta Corporación considera que, en el régimen anualizado, aplicable al caso de los docentes vinculados después de 1990 y 1996, es lógico que se exija la afiliación y el pago oportuno del auxilio de cesantías, ya que la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. Sin duda, este sistema solo puede ser equitativo si las personas pueden contar con su pago de forma oportuna para poder disponer de la prestación en cualquiera de los eventos en que se permite, esto es, ante el desempleo, para financiar la educación propia, de compañeros permanentes, de los hijos o dependientes⁷² y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda⁷³. [...]

56. Ahora bien, de la lectura que se hace a la Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional, pareciera que la misma interpreta que los docentes son destinatarios de la sanción moratoria pero con fundamento en el artículo 99 de Ley 50 de 1990 teniendo en cuenta el principio de favorabilidad, al considerar que «aunque la norma que establece la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 13 de la Ley 344

⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁷² Ley 50 de 1990. "Artículo 102º.- El trabajador afiliado a un Fondo de Cesantía sólo podrá retirar las sumas abonadas en su cuenta en los siguientes casos:

1. 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.

2. 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.

3. 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.

Parágrafo. El trabajador afiliado a un fondo de cesantías también podrá retirar las sumas abonadas por concepto de cesantías para destinarlas al pago de educación superior de sus hijos o dependientes, a través de las figuras de ahorro programado o seguro educativo, según su preferencia y capacidad".

⁷³ Código Sustantivo del Trabajo. "Artículo 256. Financiación de viviendas. <Artículo modificado por el artículo 18 del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Los trabajadores individualmente, podrán exigir el pago parcial de su auxilio de cesantía para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda, siempre que dicho pago se efectúe por un valor no mayor del requerido para tales efectos.

2. Los {empleadores} pueden hacer préstamos a sus trabajadores sobre el auxilio de cesantía para los mismos fines. (...)"

de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, y el Decreto 1252 de 2000, no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción, pues esta es la interpretación que más se ajusta a la Constitución», de manera que, parte dicha interpretación del supuesto que los docentes oficiales no eran beneficiarios de la sanción moratoria por el pago inoportuno de sus cesantías.

57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el **fondo administrador** de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, 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», creada para «Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.»; a diferencia de los fondos administradores de cesantías cuya creación fue autorizada por la ley bajo la modalidad de *sociedades* cuyas características fueran establecidas por el Gobierno Nacional, en orden a:

- a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;
- b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.»⁷⁴

58. De lo anterior, se destaca igualmente que los trabajadores particulares tienen derecho de escoger libremente el fondo de cesantías que mejor rentabilidad le pueda generar en la administración de las mismas, a contrario *sensu* de lo que sucede con los docentes oficiales, quienes por mandato legal deben afiliarse al FOMAG.

59. En segundo orden, en cuanto a la **liquidación y manejo de las cesantías**, en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 *ibidem*, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por

⁷⁴ Artículo 99, numeral 6º de la Ley 50 de 1990.

este⁷⁵. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio⁷⁶ y que deben ser presupuestados por la entidad territorial **sin situación de fondos**.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998⁷⁷ expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, *verbi gratia*, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden **disponer** del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten.

⁷⁵ «El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características: 1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

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

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.»

⁷⁶ Ley 715 de 2001 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.

[...]

Parágrafo 1º del artículo 18. **Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones.** La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.»

⁷⁷ «Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.»

61. En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los **intereses a las cesantías**, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «un interés anual sobre el **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 (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus

afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁷⁸.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, **situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.**» (Negrillas fuera de texto.)

65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018, en la que **unificó su jurisprudencia** para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

66. Así las cosas, por mandato del artículo 122 de la Constitución Política «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y **previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente**», de suerte que los

⁷⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

servidores públicos solo podrán devengar lo que la ley señale, entonces no es dable aplicarle el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los afiliados al FOMAG, porque ellos no son población objeto de esa ley, y tampoco puede extenderseles en razón al principio de favorabilidad, porque ellos sí gozan de la sanción moratoria bajo una regulación específica por la mora del empleador en el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

67. Finalmente, en lo atinente a la existencia de una postura unificada de parte de esta corporación respecto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala indica que sobre dicho asunto ha sido pacífica la jurisprudencia de este cuerpo colegiado⁷⁹ en sostener que «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», quedando de esa manera fijado el criterio de esta corporación sobre tal tópico.

68. A pesar de la línea interpretativa que ha sostenido esta corporación sobre el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías a los docentes de conformidad con lo estatuido en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sala siendo respetuosa de las decisiones judiciales y específicamente, lo dispuesto en la sentencia de tutela SU098/18 del 18 de octubre

⁷⁹ Este criterio fue expuesto en los fallos de 21 de mayo de 2009, expediente 23001-23-31-000-2004-00069-02. (0859-08). C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez; de 21 de octubre de 2011, expediente 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09) C.P.: Gustavo Gómez Aranguren; del 14 de diciembre de 2015, expediente 66001-23-33-000-2013-00189-01 (1498-14) C.P.: Gerardo Arenas Monsalve; del 17 de noviembre de 2016, expediente 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014) CP: William Hernández Gómez.

En igual sentido: Del 22 de enero de 2015, expediente 73001-23-31-000-2013-00192-01. (0271-14); del 25 de mayo de 2017, expediente 18001233300020120004701 (0645-2014) Actora: María Nubia Yustes Hoyos. Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG; del 8 de junio de 2017. Rad. 73001233300020140019901 (0863-2015). Actora: Nubia Perdomo de Ramírez. Demandado: Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Departamento del Tolima; del 8 de junio de 2017. Rad. 17001233300020130062402 (3931-2014). Actor: Daniel Osias Chica Vanegas. Demandado: Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG; del 13 de julio de 2017. Rad. 73001233300020130025601 (0678-2014). Actora: Janneth Rodríguez Vera. Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG; y del 19 de julio de 2017. Rad. 17001233300020130061501 (4465-2014). Actor: José Orlando Ospina Arias. Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

de 2018, procederá a resolver el recurso de alzada incoado contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral, atendiendo los lineamientos fijados en ella.

69. Una vez establecido lo anterior, la Sala analizará la situación fáctica del demandante con el fin de establecer si el actor cumple las condiciones para el reconocimiento de la sanción moratoria establecida en el artículo 99 *ibídem*.

El caso concreto del demandante

70. De la documental aportada al plenario se observa que el demandante fue nombrado provisionalmente como docente del municipio de Santiago de Cali mediante la Resolución 205 del 31 de marzo de 2003⁸⁰.

71. A través de la Resolución 4143.21.5013 de 17 de septiembre de 2007⁸¹, expedida por el Secretario de Educación de Santiago de Cali, se resolvió «dar por terminado a partir del 1 de octubre de 2007 el nombramiento provisional de ÁLVARO BONILLA GUERRERO, como docente del área de técnica MECÁNICA en la Institución Educativa ANTONIO JOSÉ CAMACHO», previas las siguientes consideraciones:

« [...] Que ÁLVARO BONILLA GUERRERO, identificado con cédula de ciudadanía 14.936.521, es docente provisional en el área técnica MECÁNICA, en la Institución Educativa ANTONIO JOSÉ CAMACHO, del municipio de Santiago de Cali.

Que se hace necesario dar por terminada la vinculación provisional en el área técnica a partir del 1 de octubre de 2007 a los docentes mencionados anteriormente, los cuales se **acogen voluntariamente al Decreto Ley 1278 de 2002**»

72. En virtud de lo anterior, el subsecretario para la dirección y administración de los recursos de la secretaría de educación municipal, expidió la Resolución 4143.3.215447 de 22 de octubre de 2007⁸² «Por medio de la cual se ordena cancelar y consignar el pago de las **cesantías definitivas e intereses de las cesantías** del personal docente administrativo nombrado provisionalmente en la secretaría de educación municipal [...]», para lo cual consideró lo siguiente:

« [...] Que el señor BONILLA GUERRERO ÁLVARO, [...] laboró en forma provisional al servicio del Municipio de Cali – Secretaría de Educación Municipal durante y según los Calendarios Académicos 2002-2003, 2003-2004, 2004-2005, 2005-2006 y hasta el 30 de septiembre de 2007.

⁸⁰ Según se observa en la copia simple que obra a folio 16 del expediente.

⁸¹ Folios 106 y 107.

⁸² Folio 9.

Actualmente es docente provisional de áreas técnicas en la I.E. Antonio José Camacho y se le dio por terminado su nombramiento para acogerse al Decreto 1278 de 2002.

Que como consecuencia de lo anterior, se hace necesario el reconocimiento y pago de las cesantías e intereses a las cesantías por los días laborados, [...]».

73. De acuerdo con lo expuesto, le reconoció las prestaciones sociales definitivas al actor, así:

«[...] Reconocer el pago al señor BONILLA GUERRERO ÁLVARO [...] de sus prestaciones sociales definitivas nombrado provisionalmente, durante los siguientes periodos de los calendarios académicos a saber: año 2003 115 días, año 2004 360 días, año 2005 360 días, año 2006 360 días, año 2007 270 días, por concepto de Cesantías la suma de **\$3.437.372** y sus Intereses **\$236.062** para un valor total de **\$3.673.434**, por los servicios prestados al Municipio de Santiago de Cali – Secretaría de Educación Municipal durante los años escolares o fracción de estos conforme a la parte considerativa de la presente resolución.

Pago que se efectuará en la tesorería del municipio de Santiago de Cali.

Cesantías	\$3.437.372
Intereses a las cesantías	\$236.062
Total cesantías y otras prestaciones sin deducciones	\$3.673.434

[...]»

74. En virtud de la prueba decretada por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca mediante auto del 22 de octubre de 2010⁸³, la directora de afiliaciones y recaudos (E) de la Fiduprevisora S.A. allegó copia del «Reporte de Afiliaciones aplicadas del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»⁸⁴, en el que se observa como **fecha de afiliación** al señalado fondo, el **19 de octubre de 2007**.

75. El demandante a través de petición elevada ante el alcalde municipal de Santiago de Cali el 21 de abril de 2009⁸⁵, solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías e intereses por las anualidades de 2003 a 2007, la cual fue negada por la entidad demandada a través del acto acusado, bajo el argumento que no existe normatividad alguna que faculte a las entidades públicas a cancelar la sanción moratoria por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones laborales adquiridas con los funcionarios a su cargo.

76. De los elementos de prueba aportados al expediente, la Sala encuentra acreditado que el municipio de Santiago de Cali incumplió la obligación de afiliar al

⁸³ Folio 72.

⁸⁴ Que obra a folio 101 del expediente.

⁸⁵ Folios 4 y 5.

demandante al FOMAG y por ende, la consecuente consignación de las cesantías por las anualidades objeto de la *litis* (2003 – 2007) dentro de la oportunidad establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esto es, con anterioridad al 15 de febrero de cada anualidad.

77. En este orden debido a que, en efecto, la entidad demandada no consignó el auxilio de cesantías del accionante por los años 2003 a 2007, a partir del 15 de febrero de 2004 se causó el derecho al pago de la sanción moratoria a su favor. En otros términos, la entidad empleadora incurrió en incumplimiento, de la obligación prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, desde el 15 de febrero de 2004 y se siguió causando por las anualidades sucesivas.

78. Ahora bien, la indemnización moratoria está prevista a razón de un día de salario por cada día de mora en el pago, pero no impone un límite temporal para su reconocimiento, por lo que, en principio, se entendería que corre desde el momento mismo en que se produce la mora hasta cuando se hace efectivo el pago.

79. No obstante, puede ocurrir que, como en el presente caso el incumplimiento de las cesantías anualizadas se extendió hasta cuando se produjo el retiro del servicio; circunstancia en la cual, la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante **Sentencia de Unificación CE-SUJ004 del 25 de agosto de 2016**⁸⁶ estableció que la mora cesaría al momento de la terminación del vínculo laboral, tiempo en el cual finaliza la obligación de consignar las cesantías anualizadas, e inician nuevos términos a favor del servidor público para reclamar el pago de sus cesantías directamente, y que se encuentran regulados en la Ley 244 de 1995⁸⁷ modificada por la Ley 1071 de 2006⁸⁸. Al respecto, esta Corporación unificó su criterio jurisprudencial, así:

« Como se señaló en la primera de las providencias citadas dentro de este aparte, **al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagar las cesantías definitivas, por ende, hasta esa fecha podría correr la sanción producto de la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, pues a partir de ese momento empiezan a correr nuevos términos, del lado del trabajador, para reclamar sus prestaciones definitivas, y del lado del empleador, para cumplir los plazos y términos concedidos por la ley para pagar la integridad de las prestaciones definitivas debidas, dentro de las cuales se encuentran las cesantías.**

⁸⁶ Rad. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

⁸⁷ « 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.»

⁸⁸ « 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.»

Y como no puede haber simultaneidad o concurrencia de una y otra de las indemnizaciones moratorias⁸⁹, es decir, las que se producen a causa de la mora en la consignación de las cesantías anualizadas y las que surgen de la mora en el pago de las definitivas, deberá tomarse como límite final la fecha de la desvinculación del servicio, para efecto de la causación de la mora en el pago de las cesantías definitivas, acogiendo la primera postura planteada.

[...]

4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio. » (Resaltado fuera del texto original)

80. De acuerdo con lo expuesto, en el caso concreto del demandante se causó una sanción moratoria desde el 15 de febrero de 2004, cuando la entidad empleadora incurrió en retardo por las cesantías del 2003, y continuó por las anualidades sucesivas hasta la terminación de dicha relación laboral el 1 de octubre de 2007, que dio lugar al reconocimiento de las cesantías definitivas por parte del municipio de Santiago de Cali mediante la Resolución 4143.3.21.5447 del 22 de octubre de 2007, así:

Anualidad Cesantías	Fecha que la Ley 50/90 dispone para la consignación	Exigibilidad de la sanción	Límite final de la sanción
2003	14/02/2004	15/02/2004	01/10/2007
2004	14/02/2005	15/02/2005	01/10/2007
2005	14/02/2006	15/02/2006	01/10/2007
2006	14/02/2007	15/02/2007	01/10/2007
2007	Al momento de la terminación del vínculo laboral		

81. Sentado lo anterior, la Sala de decisión analizará si el actor reclamó la sanción moratoria dentro de la oportunidad, ya que en la misma Sentencia de Unificación CE-SUJ004 del 25 de agosto de 2016, esta Corporación consideró que por tratarse de una penalidad no puede ser imprescriptible y está sujeta al término consagrado en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, de manera que, pasados 3 años, desde el vencimiento del plazo para la consignación oportuna, sin que el empleado solicite la sanción se extingue el derecho a recibirla.

⁸⁹ Más adelante se abordará el tema de la no concurrencia de una y otra de las indemnizaciones moratorias en mención.

82. Al respecto, el demandante presentó la reclamación de la **sanción moratoria** en sede administrativa el **21 de abril de 2009**⁹⁰, de modo que se configuró la prescripción extintiva parcial, según se expone a continuación:

Cesantías anualizadas	Exigibilidad de la sanción	Prescripción	Fecha de la reclamación
2003	15/02/2004	15/02/2007	21/04/2009
2004	15/02/2005	15/02/2008	21/04/2009
2005	15/02/2006	15/02/2009	21/04/2009
2006	15/02/2007	15/02/2010	21/04/2009
2007	01/10/2007	01/10/2010	21/04/2009

83. En consecuencia, comoquiera que el señor Álvaro Bonilla Guerrero reclamó ante la administración el 21 de abril de 2009, se configuró la prescripción de las porciones de sanción moratoria por las cesantías de las anualidades de 2003 a 2005, de modo que se condenará al municipio de Santiago de Cali a la penalidad solicitada por el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías de 2006 y 2007, causándose un día de salario por cada día de retardo en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, desde el **15 de febrero de 2007 hasta el 1 de octubre de la misma anualidad**, liquidable con base en la asignación básica devengada por el actor en el año 2007, por ser la correspondiente al período en que se causó la mora que no se afectó por la prescripción extintiva, tal como será declarada de oficio por la Sala en la parte resolutive de esta providencia.

84. En virtud de lo expuesto, la Sala revocará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 9 de septiembre de 2014, en tanto negó las pretensiones de la demanda, y en su lugar, declarará la nulidad del acto administrativo acusado y a título de restablecimiento del derecho condenará al municipio de Santiago de Cali al reconocimiento de la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por las anualidades de 2006 y 2007, equivalente a un día de salario por cada día de retardo desde el 15 de febrero de 2007 hasta el 1 de octubre del mismo año, liquidable con base en la **asignación básica** devengada en el 2007, por las razones expuestas en precedencia.

85. Finalmente, en lo concerniente a la indexación de la sanción moratoria solicitada por el actor, es preciso señalar que la Sección Segunda en Sentencia CE-

⁹⁰ Folio 4.

SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, **sentó su jurisprudencia** para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, al considerar que las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa.

86. Adicionalmente, otro argumento que permite descartar la posibilidad de indexar la sanción moratoria, se encuentra en el régimen anualizado previsto en la Ley 50 de 1990 cuando concurren diversas anualidades de mora, en cuyo caso, según el criterio de la jurisprudencia la base para calcularla será el correspondiente al de la ocurrencia del retardo, en donde **la asignación salarial** como retribución por los servicios prestados por el trabajador necesariamente y por definición viene reajustada cada año con los índices de precios al consumidor o en su defecto, con el aumento que disponga el ejecutivo, si se trata de relaciones legales y reglamentarias.

87. Finalmente, de manera muy respetuosa, pero en ánimo a que la Corte Constitucional conozca que hemos dado cumplimiento a la sentencia, así como el análisis y las consideraciones, estima la Sala de importancia remitirla a esa honorable corporación.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- DAR CUMPLIMIENTO a la Sentencia SU/098/18 de la Corte Constitucional proferida el 17 de octubre de 2018, dentro de la acción de tutela con radicación T-6.736.200, que dejó sin efectos la sentencia del 27 de julio de 2017 proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, y ordenó proferir un nuevo fallo teniendo en cuenta la aplicación del principio de favorabilidad y la interpretación conforme a la Constitución Política.

SEGUNDO: REVOCAR el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca del 9 de septiembre de 2014, en tanto negó las pretensiones de la demanda, y en su lugar, se dispone:

TERCERO: DECLARAR la nulidad del Oficio 4143.3.13.3117 del 7 de mayo de 2009, por el cual se le negó al demandante el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, condenar al municipio de Santiago de Cali al reconocimiento y pago de sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, equivalente a un día de salario por cada día de retardo desde el 15 de febrero de 2007 hasta el 1 de octubre del mismo año, liquidable con base en la asignación básica devengada en el 2007, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Declarar probada de oficio, la prescripción parcial de la sanción por mora causada por el incumplimiento en la consignación de las cesantías por las anualidades de 2003 a 2005, de conformidad con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

SEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: REMÍTASE COPIA de esta sentencia a la Corte Constitucional.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CÉSAR PALOMINO CORTÉS


CARMELO PERDOMO CUÉTER

