



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B



CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 7 de septiembre de 2018

Radicación: 08001-23-33-000-2014-00208-01.

No. Interno: 0324-2016.

Demandante: Nevys del Socorro Ariza Arévalo.

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

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

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011

I. ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el departamento del Atlántico y el municipio de Sabanalarga, contra la sentencia del 8 de octubre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala Oral A, por la cual se condenó a las entidades demandadas al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990¹, por la no consignación oportuna de las cesantías correspondientes a las anualidades de 2001, 2002 y 2003.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

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

[....]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. La señora Nevys del Socorro Ariza Arévalo, a través apoderado judicial legalmente constituido, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011, demandó a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio², al departamento del Atlántico y al municipio de Sabanalarga³.

2.1.1 Pretensiones.

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

1) Oficio del 13 de septiembre de 2013⁴, expedido por el alcalde municipal de Sabanalarga.

2) Oficio 3400 del 9 de octubre de 2013⁵, proferido por el secretario de educación departamental del Atlántico.

3) Oficio 2013ER124939 sin fecha [sic]⁶ proferido por la Asesora de la Secretaría General de la Unidad de Atención al Ciudadano del Ministerio de Educación Nacional.

² En adelante FOMAG.

³ Demanda presentada el 26 de marzo de 2014. Folios 2 a 12 del expediente.

⁴ Según se observa a folio 23.

⁵ Según se observa a folios 25 a 26.

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

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

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

2.2. Fundamentos fácticos.

a. La demandante manifestó que fue vinculada como docente de la planta del municipio de Sabanalarga desde el 28 de diciembre de 2000, y en el 2003 fue asimilada al departamento del Atlántico, inscrita en el Escalafón Nacional Docente, grado 8º, sin que le consignaran sus cesantías correspondientes a las anualidades de 2001, 2002 y 2003 dentro del plazo legal previsto para el

⁶ A folio 27 del expediente, se observa, contrario a lo señalado por la actora, que el oficio acusado es de radicación 2013EE66881 de 23 de septiembre de 2013.

⁷ Folios 5 y 6 del expediente.

régimen anualizado⁸, incumplimiento que generó la sanción moratoria que no le ha sido satisfecha.

b. Indicó que por lo anterior, elevó peticiones el 10, 11 y el 13 de septiembre de 2013, en ese sentido, frente las cuales se expidieron los actos administrativos acusados cuya nulidad demandó a través del presente medio de control.

2.3. Normas violadas y concepto de violación.

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

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

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

⁹ Folios 7 y 8 del expediente.

6. Arguyó que las decisiones de la administración fueron expedidas con infracción del artículo 13 de la Ley 344 de 1996¹⁰, toda vez que a partir de la vigencia de la citada ley, se contempló que las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado serían beneficiarios del régimen anualizado de cesantías, y del Decreto reglamentario 1582 de 1998¹¹ que extendió la sanción moratoria de dicho sistema prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990¹² en el evento en que no se efectúe la consignación del valor liquidado anualmente con anterioridad al 14 de febrero de cada año, a los servidores públicos del nivel territorial que ingresaran con posterioridad al 31 de diciembre de 1996.

2.4. Contestación de la demanda.

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

[...]

Artículo 13º.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías: a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;[...]

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

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

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

[...]

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

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.»

7. El **municipio de Sabanalarga** frente a los hechos de la demanda¹³, señaló que la administración no tiene certeza sobre el derecho reclamado por la demandante, pues su solicitud no aparece enlistada en las acreencias incorporadas en el proceso de reestructuración celebrado con fundamento en la Ley 550 de 1999¹⁴, por lo que no es procedente la sanción moratoria pretendida, en tanto las obligaciones objeto de inclusión en el mencionado acuerdo serán aquellas existentes dentro de los estados financieros de la entidad territorial.

8. Considera que las disposiciones pretendidas no son aplicables a los docentes del sector oficial, por encontrarse regulados por la Ley 91 de 1989¹⁵, régimen especial que no consagra la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías.

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

10. La **Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG**, se opuso a las pretensiones de la demanda¹⁶, al considerar que el acto acusado se encuentra amparado por la presunción de legalidad, en tanto la mora no es imputable a la entidad que representa y no pueden generarse intereses moratorios y/o indexación alguna, por cuanto el reconocimiento de las cesantías de los docentes sigue un procedimiento con sujeción expresa a la ley, atendiendo al turno de radicación y disponibilidad presupuestal, de acuerdo al principio de igualdad y debido a que no se cuenta con los

¹³ Folio 56 a 60 del expediente.

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

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

¹⁶ F.F. 72 a 83 del expediente.

recursos suficientes para el pago de todas las prestaciones que se encuentran en trámite y bajo ese entendido no puede endilgársele una negligencia al FOMAG.

11. Adicionalmente a ello, señaló que para el caso específico de los educadores estatales, el trámite de las solicitudes de cesantías se rige por la Ley 91 de 1989¹⁷ y el Decreto 2831 de 2005¹⁸, que constituyen el procedimiento especial, por ende, no se encuentran cobijados por las demás normas reguladoras de la materia, y en tal virtud, no es posible extender la aplicación de una penalidad establecida en una norma general a un sistema especial.

12. Propuso excepciones las que denominó: i) prescripción de las obligaciones dinerarias que no fueron reclamadas oportunamente dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad; ii) caducidad, la cual hizo consistir en que debido a que el auxilio de cesantías no es una prestación periódica, el acto que resuelva sobre este, está sometido al término de los 4 meses previsto en la ley; y iii) inexistencia de la obligación, por cuanto las cesantías de la docente fueron reconocidas conforme a la normatividad legal y reglamentaria aplicable.

13. El **departamento del Atlántico**, contestó extemporáneamente la demanda¹⁹.

¹⁷«Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.»

¹⁸«Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6 del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.»

¹⁹ Según se observa en el reverso del folio 172 del expediente.

2.7. Audiencia Inicial.

14. La magistrada ponente en audiencia inicial celebrada el 9 de abril de 2015²⁰, una vez efectuado el saneamiento del proceso, declaró no probada la excepción de caducidad propuesta por el FOMAG, al considerar que a través del presente medio de control se demandaron los actos mediante los cuales se le negó la sanción moratoria, dentro de la oportunidad de los 4 meses que prevé el artículo 164, numeral 2, literal d, de la Ley 1437 de 2011.

15. En lo que respecta a la excepción de prescripción, señaló que será resuelta en el fondo del asunto.

16. De acuerdo con los hechos de la demanda y la contestación de las entidades demandadas, se señaló que los hechos en los que están de acuerdo las partes, son los siguientes:

«1. Que la demandante se encuentra vinculada como docente del municipio de Sabanalarga asimilada por el departamento del Atlántico, desde el 28 de diciembre de 2000 hasta la fecha.

2. Que el salario devengado por la demandante es de (\$1.268.385).

3. Que los días 9, 11, y 13 de septiembre de 2013, la demandante presentó derecho de petición al municipio de Sabanalarga y departamento del Atlántico solicitando la consignación en el respectivo fondo de las cesantías correspondientes a los años 2001, 2002 y 2003, respondiendo mediante oficio sin número de fecha 13 de septiembre de 2013 el municipio de Sabanalarga y el departamento del Atlántico, mediante oficio 3400 de fecha 9 de octubre de 2013.»²¹

²⁰ FF. 172 a 177.

²¹ Folio 175.

17. Ahora bien, se resaltó que el punto sobre el cual no hay acuerdo es:

«1. Que las entidades demandadas hayan consignado a la demandante las cesantías de las anualidades 2001,2002, y 2003, en forma oportuna, ni dentro del plazo fijado y en el conjunto normativo de la Ley 344 de 1996.»

18. Se fijó el litigio a folio 175 del expediente, en los siguientes términos:

«Determinar si la demandante tiene derecho o no al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, aplicable al sector público en virtud de la Ley 344 de 1996, correspondiente a los años 2001 a 2003.»

III. SENTENCIA APELADA

19. El Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala Oral A, a través de sentencia de 8 de octubre de 2015²², declaró la nulidad de los actos, así: i) Parcial del Oficio 3400 de 9 de octubre de 2013, proferido por el Secretario de Educación Departamental del Atlántico, solo en cuanto negó la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías correspondientes al año 2003; ii) Del oficio del 13 de septiembre de 2013, expedido por el alcalde de Sabanalarga, solo en cuanto negó el reconocimiento de la penalidad por el incumplimiento en el deber de efectuar los traslados de la prestación social correspondientes a las anualidades de 2001 y 2002; y iii) total del acto ficto derivado del silencio administrativo negativo de la Nación – Ministerio de

²² FF. 264 a 283.

Educación Nacional – FOMAG, frente a la petición del 13 de septiembre de 2013, mediante la cual se le negó a la actora penalidad de la Ley 50 de 1990.

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

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

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

21. Lo anterior, con fundamento en que debido a que la actora fue nombrada por el municipio de Sabanalarga desde el 2000 y asimilada por el departamento del Atlántico en el 2003, ostenta la condición de docente territorial, y como quiera que se encuentra acreditado que no le fueron consignadas las cesantías correspondientes a las anualidades de 2001, 2002, y 2003, le asiste el derecho al reconocimiento de la penalidad pretendida en los términos que establece la Ley 50 de 1990²³, aplicable a

²³ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

dichos servidores por disposición de la Ley 344 de 1996²⁴ y el Decreto 1582 de 1998²⁵.

22. Igualmente, declaró no probada la excepción de prescripción de la obligación, en tanto considera, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia²⁶, que aquella no se ha hecho exigible, pues la actora aún se encuentra vinculada con la administración y, finalmente, se refirió a los distintos argumentos planteados por las partes.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

23. El apoderado del **departamento del Atlántico**²⁷ no formula ningún cargo contra la sentencia de primera instancia, pues si bien refiere que en el caso concreto el tribunal aplicó a la demandante una norma que no le era aplicable, aduce que «el actor era un empleado de una entidad pública del orden departamental como lo fue la Fábrica de Licores del Atlántico y por ello, los fundamentos de los actos que negaron la reliquidación de la pensión se encuentran ajustados a derecho», lo cual en nada se relaciona con la *litis* planteada en este proceso y en consecuencia, tampoco tiene nada que ver con lo resuelto por el *a quo*.

²⁴ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

²⁵ «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.»

²⁶ Sentencia del 24 de agosto de 2010. Exp. 34393. M.P. Luis Javier Osorio López.

²⁷ FF. 294 y 295.

24. El apoderado del **municipio de Sabanalarga**, solicitó se revoque en esta instancia el fallo²⁸, sin formular ningún cargo contra la providencia, ya que reiteró la excepción de prescripción contemplada en la ley respecto de aquellos derechos que no se hubieren reclamado dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad y los demás argumentos planteados en la contestación de la demanda, relativos a la admisión del municipio a un acuerdo de reestructuración de pasivos con base en la Ley 550 de 1999²⁹, y la imposibilidad de aplicarle a los docentes el sistema previsto en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996³⁰, por cuanto son beneficiarios de la Ley 91 de 1989, en donde sus prestaciones sociales deberán ser atendidas por el FOMAG, de manera que no les es dable afiliarse a fondos de carácter privado.

25. Mediante auto de 7 de marzo de 2016³¹, la Consejera Ponente rechazó por extemporáneo el recurso de apelación presentado por la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

²⁸ Recurso de apelación que obra a folios 296 a 299 del expediente.

²⁹ «por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley.»

³⁰ «por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.

[...]

Artículo 13º.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías: a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral:[...]

³¹ F.F. 315 a 317.

26. El apoderado del **municipio de Sabanalarga**³², reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación.

27. La **parte demandante** reiteró las pretensiones de la demanda³³, y adujo que en el presente caso, no se ha configurado la prescripción, toda vez que la actora se encuentra en pleno ejercicio de sus funciones, pues la exigibilidad de las cesantías y los derechos accesorios, entre ellos, la sanción moratoria, solo tiene lugar a partir de la terminación de la relación laboral, como lo ha considerado esta Corporación³⁴.

28. Alegó que el planteamiento del apoderado del departamento del Atlántico en el escrito del recurso de apelación es equivocado, ya que los argumentos esbozados no se relacionan con el caso bajo estudio, puesto que hacen alusión a la «reliquidación de una pensión» y a que la actora laboró en la «Fábrica de Licores del Atlántico», por lo que solicitó se desestime su impugnación.

VI. CONCEPTO DE MINISTERIO PÚBLICO

29. La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado³⁵, consideró que se debe confirmar la sentencia apelada, por cuanto si bien los educadores se encuentran sujetos a un régimen especial, también lo es, que el legislador al establecer la sanción moratoria, utiliza el término genérico de

³² Folios 376 a 381.

³³ Folios 365 a 371.

³⁴ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 27 de agosto de 2015. Rad. 2011-00941-01; Sentencia de 22 de enero de 2015, Rad. 4346-2013 C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; Sentencia de 5 de septiembre de 2014. Rad. 2709-2013. C.P. Gerardo Arenas Monsalve; Sentencia 20 de noviembre de 2014, Rad. 2012-00339, C.P.: Alfonso Vargas Rincón.

³⁵ F.F. 382 a 388.

servidores públicos, lo que incluye a quienes prestan sus servicios como docentes en el sector oficial.

30. Adicional ello, adujo que el hecho de presentarse una falta de previsión por parte del legislador, y de no contemplarse en la norma especial la aludida penalidad, no es óbice para que al sector docente se le otorgue un trato desigual en comparación con el resto de empleados cobijados por la Ley 50 de 1990³⁶, por lo que en virtud del derecho a la igualdad, el principio de favorabilidad, y atención al artículo 8 de la Ley 153 de 1887³⁷ resulta procedente por analogía, aplicar el conjunto normativo de las disposiciones que establecen la penalidad por retardo en la consignación de las cesantías.

VII. CONSIDERACIONES

7.1. Análisis del asunto.

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

³⁶ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

³⁷ «Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la [57](#) de 1887

[...]

ARTICULO 8o. Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.»

7.2. Problema jurídico.-

32. De acuerdo con los cargos formulados en el recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas, le corresponde a la Sala:

1) Establecer si por efectos del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998, que extendió la aplicación de los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990³⁸ a los servidores públicos del nivel territorial, le es dable a la demandante el reconocimiento de la sanción moratoria contemplada en dichas disposiciones, por el hecho de su vinculación al municipio de Sabanalarga a partir del 28 de diciembre de 2000.

2) En el evento en que se le aplique la normatividad señalada, determinar cuál es la entidad competente para el restablecimiento del derecho de la demandante.

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

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

³⁸ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

34. 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»³⁹ en el artículo 13 estableció la liquidación anual del auxilio de cesantías a todas las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado (Ramas Legislativa y Ejecutiva)⁴⁰, 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.»

35. El artículo 13 de la Ley 344 de 1996, fue reglamentado por el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998⁴¹, en el que de manera expresa extendió la aplicación de los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 a los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afiliaran a los fondos privados de cesantías creados por esta última ley, tal como se transcribe a continuación:

«[...] Artículo 1º.- **El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías,**

³⁹ Publicada en el Diario Oficial No. 42.951 de 31 de diciembre de 1996.

⁴⁰ Excepto el personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

⁴¹ «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.»

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

36. El sistema contemplado en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990⁴², señalados expresamente por el Decreto reglamentario 1582 de 1998⁴³, previó la liquidación del auxilio anual (31 de diciembre) definitiva de cesantía por la anualidad o fracción correspondiente al año anterior, la consignación del valor correspondiente antes del 15 de febrero de cada año en el fondo privado seleccionado por el empleado y la sanción por mora a razón de un día de salario por cada día de retardo a cargo del empleador en el evento en que incumpla la obligación. Dice la norma:

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

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

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

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

[...]

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

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

⁴² "Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones"

⁴³ Ibídem.

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(ii) el **nacionalizado**, cuyo ingreso se efectúa mediante nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esa fecha de conformidad con lo previsto en la Ley 43 de 1975⁴⁴; y

(iii) el **personal territorial**, en el cual se encuentran los docentes por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la mencionada ley, relativo a la creación de nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria⁴⁵.

39. Así mismo, en el párrafo del artículo 2.º *ibídem* previó cómo se

⁴⁴ «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.»

⁴⁵ Ley 45 de 1975, Artículo 10.- En adelante ningún departamento, intendencia o comisarías, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional.

reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la citada ley, así:

«[...] Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975 [...]»

40. Como se expuso, creó el FOMAG como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, para atender el pago de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encontraran vinculados a la fecha de la promulgación de la ley, con observancia del régimen ya señalado y de los que ingresaran con posterioridad a ella. Dice la norma:

«[...] A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se

regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley [...]».

41. 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**»⁴⁶.

42. 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:

⁴⁶ Destacado por la Sala.

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

2) Docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados, se les aplicará las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968⁴⁷, 1848 de 1969⁴⁸ y 1045 de 1978⁴⁹, o que se expidan en el futuro, esto es, la Ley 344 de 1996⁵⁰, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989.

43. Así, en virtud de lo dispuesto por la Ley 344 de 1996 y la Ley 91 de 1989, aquellos docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, **sin lugar a distinción entre docentes nacionales y nacionalizados**, se regularán por las normas de los **empleados públicos del orden nacional**, cuyo sistema de liquidación reviste las siguientes características:

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

ii) Liquidación: El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación, equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario

⁴⁷ «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.»

⁴⁸ «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968»

⁴⁹ «Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.»

⁵⁰ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año;

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

44. De las normas señaladas en precedencia, se establece que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989⁵¹, los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los **empleados públicos del orden nacional** que establece un sistema anualizado, sin retroactividad y pago de intereses a sus beneficiarios.

45. Por lo anterior, los docentes que ingresaron con posterioridad a la fecha señalada (1 de enero de 1990), por el solo hecho de ser designados por el alcalde o gobernador, **no adquieren el carácter de territorial regidos por normas prestacionales aplicables a los servidores públicos que ostentan dicha calidad**, puesto que por disposición de la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 3º, literal b), los maestros «[...] que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro.», como lo es la Ley 344 de 1996⁵² que sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989, consagró **un sistema de liquidación anualizado de**

⁵¹ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

⁵² «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

cesantías para las «[...] personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado.».

46. Ahora bien, considera la Sala pertinente señalar que el Consejo de Estado al pronunciarse respecto de si los docentes oficiales son destinatarios de la prima de servicios contemplada en el Decreto 1042 de 1978 en la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 del 14 de abril del 2016⁵³, sostuvo que la voluntad del legislador al expedir la Ley 91 de 1989, fue unificar el sistema laboral - prestacional de los docentes oficiales nacionales y nacionalizados a partir de 1 de enero de 1990, sin desconocer los derechos adquiridos de aquellos maestros, que por disposición de las entidades territoriales a las que se encontraban adscritos, les habían sido reconocidas algunas prestaciones adicionales a las mínimas legales. En esta oportunidad, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, precisó lo siguiente:

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

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

⁵³ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 14 de abril de 2016. Rad. 2013-00134-01. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

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

47. Por todo lo anterior, a los educadores del sector público no les son aplicables los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, que contemplaron el plazo para la liquidación del valor liquidado anualmente con anterioridad al 15 de febrero y la sanción moratoria para el empleador que incumpla esta obligación, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, únicamente a «**los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías**», que como se expuso, no se equiparan a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1990, pues su nombramiento efectuado por el representante de la entidad territorial no le otorga la calidad de ser un maestro de dicho nivel, y sus prestaciones sociales como las cesantías, son administradas por el FOMAG, cuya naturaleza jurídica es diferente a la de aquellos fondos privados creados por la Ley 50 de 1990.

7.3. Análisis del caso concreto.

48. La Subsección observa que el apoderado del departamento del Atlántico, manifiesta su desacuerdo frente a la sentencia de primera instancia, bajo el argumento de que la demandante no es una empleada pública del orden nacional, en tanto laboró ante una entidad departamental, como lo es la

Fábrica de Licores del Atlántico y en tal virtud, no es beneficiaria del reajuste pensional que prevé el artículo 116 de la Ley 6 de 1992⁵⁴.

49. Ahora bien, de la lectura del fallo de primera instancia, se observa que el *a-quo* accedió al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que contempla la Ley 50 de 1990⁵⁵ para los servidores públicos territoriales por remisión expresa de la Ley 344 de 1996⁵⁶ y el Decreto 1582 de 1998⁵⁷, al señalar que la demandante ostenta la condición de docente territorial, y al evidenciar que no se efectuó la consignación de las cesantías antes del 15 de febrero de cada anualidad durante el 2001, 2002, y 2003.

50. Así las cosas, la Subsección concluye que tal como lo manifestó la parte demandante en los alegatos de conclusión, la impugnación del departamento del Atlántico es incongruente con la *litis* planteada y decidida en primera instancia por el tribunal, razón por la cual, la Sala se abstendrá de pronunciarse frente a los cargos formulados por dicha entidad en la apelación.

51. Establecido lo anterior, la Sala observa que en el *sub júdice*, las partes se encuentran de acuerdo en el supuesto fáctico de la vinculación de la demandante a partir del 28 de diciembre de diciembre del 2000⁵⁸.

⁵⁴ « Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones.»

⁵⁵ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

⁵⁶ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

⁵⁷ «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.»

⁵⁸ Según se observa a folio 16 del expediente.

52. Ahora bien, sí es objeto de desacuerdo, específicamente por parte del municipio de Sabanalarga, el régimen aplicado por el tribunal de instancia a la demandante, pues según afirma, las cesantías de los docentes se rigen conforme a lo previsto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989⁵⁹, disposición especial que no previó la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990⁶⁰, y en virtud de la cual se estableció que las prestaciones sociales de los docentes deberán ser atendidas por el FOMAG, de manera que no les es dable afiliarse a fondos de carácter privado.

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

1) En virtud de las pruebas decretadas en la Audiencia Inicial⁶¹, la Secretaría de Educación departamental del Atlántico, a través de Oficio 388-15 de 30 de abril de 2015⁶², aportó el **extracto de intereses a las cesantías** de la demandante⁶³, en el que se observa la siguiente liquidación:

AÑO	DTF	CESANTIA	ACUMULADO	INTERES	FECHA
2004	0.00%	645.604	645.604	0	
2005	7.19%	665.013	1.310.617	94.233	4/06/07
2006	6.56%	681.972	1.992.589	130.714	4/06/07
2007	8.26%	903.360	2.895.949	239.205	10/03/08
2008	10.04%	906.229	3.802.178	381.739	06/04/09
2009	6.24%	1.010.136	4.812.314	300.288	30/03/10

⁵⁹ « Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio »

⁶⁰ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones»

⁶¹ Según se observa a folios 176 a177 del expediente.

⁶² Folio 186 del expediente.

⁶³ Que obra a folio 190 del expediente.

2010	3.88%	1.028.547	5.840.861	79.101	10/03/11
2011	4.61%	1.060.421	6.901.282	142.869	21/03/12

Igualmente, del extracto se evidencian los siguientes pagos por **concepto de intereses a las cesantías** por intermedio de la entidad bancaria Banco Popular, así:

FECHA DE PAGO	ENTIDAD BANCARIA	SUCURSAL	PAGO NETO
4 JUL 2007	BANCO POPULAR	BARRANQUILLA	224.947
31 MAR 2008			239.205
17 APR 2009			381.739
12 APR 2010			300.288
18 MAR 2011			79.101
9 MAY 2011			142.869

2) La demandante el 10, 11 y el 13 de septiembre de 2013, solicitó ante las entidades demandadas respectivamente, el reconocimiento de la sanción moratoria **por no efectuar la consignación dentro del término previsto en la Ley 50 de 1990 de las cesantías por las anualidades de 2001 a 2003**, petición que fue resuelta de manera desfavorable a través de los siguientes actos acusados:

a) Oficio de 13 de septiembre de 2013⁶⁴, por el cual el alcalde municipal de Sabanalarga le manifestó que la entidad territorial no se encuentra obligada al reconocimiento de la penalidad, por cuanto el ente territorial ha venido cancelando y transfiriendo a los distintos fondos a los que se encuentran afiliados sus servidores; pero además, dicha sanción no forma parte de las acreencias establecidas en el artículo 19 de la Ley 550 de 1999 para los acuerdos de reestructuración.

b) Oficio 3400 de 9 de octubre de 2013⁶⁵, a través del cual el secretario de educación departamental del Atlántico, señaló que desde la afiliación al FOMAG en el 2003, las cesantías del demandante han sido reportadas oportunamente, sin que se observara a la fecha, traslados del municipio de Sabanalarga por concepto de la prestación social del período reclamado (2001 a 2003).

54. De acuerdo con los elementos probatorios que obran dentro del expediente, se establece que el régimen de liquidación de cesantías que regula la situación jurídica de la actora es el contemplado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, puesto que, en primer lugar, se vinculó con posterioridad al 1 de enero de 1990 y en segundo, del extracto individual se evidencia, que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció a la demandante un interés equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante cada período (anual) certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia⁶⁶, sobre el **ahorro o el**

⁶⁴ Según se observa a folio 23.

⁶⁵ Según se observa a folios 25 a 26.

⁶⁶ «**Año/Tasa Promedio de Captación**

2017: 6.37%

2016: 7.52%

2015: 5.13%

acumulado de cesantías a 31 de diciembre de cada anualidad, cuyos valores fueron pagados a través de la entidad Banco Popular.

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

2014: 4.46%
2013: 4.44%
2012: 5.85%
2011: 4.61%
2010: 3.88%
2009: 6.24%
2008: 10.04%
2007: 8.26%
2006: 6,56%
2005: 7,19%
2004: 8,13%
2003: 8,07%
2002: 9,07%
2001: 12,89%»

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

56. Así las cosas, la Sala concluye que no le es dable a la demandante recibir los beneficios de un sistema, para que con posterioridad a la obtención de aquellos pretenda la aplicación de otro régimen, so pretexto del carácter de su vinculación, máxime cuando tal como se expuso en el acápite precedente, pese a acreditarse que el decreto de nombramiento fue expedido por el alcalde (E) del municipio de Sabanalarga, ello no le otorga el carácter de territorial, y en tal virtud, no le es aplicable la Ley 50 de 1990, que por disposición del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 se extendió únicamente a los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, lo cual dista sustancialmente de las normas que rigen las prestaciones sociales de la actora, pues en razón a su vinculación con posterioridad al 1º de enero de 1990, se rige por las normas vigentes para los empleados del **orden nacional**.

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

58. Por todas las razones anteriores, no se acogen los argumentos planteados en el concepto del Ministerio Público.

59. En consecuencia, la Sala revocará la sentencia proferida 8 de octubre de 2015 por el Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala Oral A, mediante la cual se declaró la nulidad parcial de los actos acusados y se condenó a las entidades demandadas al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y en su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda.

60. Finalmente, del expediente se evidencia que a quien actúa como mandataria de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no se le ha reconocido personería adjetiva, razón por la cual, conforme al poder especial allegado a folio 392 del expediente, se le tendrá como apoderada de la Nación – Ministerio de Educación Nacional - FOMAG, a la abogada Silvia Margarita Rúgeles Rodríguez, identificada con C.C 63.360.082 y T.P 87.982 del Consejo Superior de la Judicatura.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 8 de octubre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala Oral A, que accedió a las pretensiones de la demanda; y en su lugar negarlas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Reconocer personería a la abogada Silvia Margarita Rúgeles Rodríguez, identificada con C.C 63.360.082 y T.P 87.982 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Nación – Ministerio de Educación Nacional - FOMAG, conforme al poder especial que obra a folio 392 del expediente.

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

PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS