**DESCENTRALIZACIÓN DEL SECTOR EDUCATIVO – Marco normativo / DESCENTRALIZACIÓN DEL SECTOR EDUCATIVO – Obligación de los municipios de incorporar o afiliar a sus docentes financiados o cofinanciados por la Nación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

Según se anotó en los antecedentes de esta providencia, las entidades demandadas manifiestan su inconformismo en contra de la decisión de primera instancia, en relación con la orden de recobro que debe realizar el Ministerio de Educación – FOMAG al Municipio de Sora. A juicio de la entidad territorial, correspondía a la parte actora acreditar la existencia de un vínculo contractual entre tales entidades, en el que se impusiera la obligación de hacer la transferencia de cesantías anualizadas. Por su parte, la apoderada del FOMAG, adujo que el pago de las cesantías anualizadas es una obligación a cargo del ente territorial, por ser la entidad empleadora del docente. Sobre este asunto, cabe mencionar que la Ley 60 de 1993, dispuso la descentralización del sector educativo y, de ese modo, empezó la desarticulación del proceso de nacionalización que imperaba previamente para la prestación de ese servicio. En el parágrafo del artículo 15 *ibídem*, se determinó que la Nación cedería los bienes del servicio educativo a los departamentos, municipios y distritos; de igual manera, a través de los diferentes artículos de esa normativa, se dispuso el traslado del personal y de los establecimientos educativos, a las entidades del orden territorial. Con base en lo anterior, las plantas de personal entrarían a hacer parte de la respectiva entidad territorial y, para ello, era necesario que se adelantara un proceso de incorporación, pues los docentes que tenían la condición de nacionales o nacionalizados, debían migrar a los departamentos, municipios o distritos, y el régimen prestacional que regiría tanto a los docentes que venían incorporados, como a los que se vincularan con posterioridad, sería el establecido en la Ley 91 de 1989. En el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 se indicó: (…). Por su parte, 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», reiteró la obligación de afiliación o incorporación de los docentes municipales financiados o cofinanciados por la Nación al FOMAG. En dicha norma, 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: (…). En el artículo 4 *ibídem* se previó que los docentes 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: (…). De acuerdo con las normas transcritas, encuentra la Sala que era obligación de la entidad territorial la incorporación o afiliación de la demandante al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el momento de su vinculación al servicio docente y como consecuencia de ello, en su condición de entidad nominadora, le correspondía el pago de las cesantías pretendidas, a través del mencionado fondo.

**CESANTÍAS ANUALIZADAS - Orden al FOMAG del pago de las correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995 en favor de docente, debiendo hacer el recobro a la entidad territorial que no cumplió con esta obligación / CESANTÍAS ANUALIZADAS - Como quiera que no fueron pagadas las correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995 por el municipio, y la obligación es de origen legal la orden judicial emitida se convierte en título suficiente para que el FOMAG pueda hacer el recobro ante a entidad territorial.**

Ahora, no son de recibo los argumentos expuestos por el apoderado del Municipio de Sora, pues la obligación del pago de las cesantías causadas durante los años 1993, 1994 y 1995 es de origen legal y la orden judicial acá emitida es título suficiente para que el FOMAG pueda hacer el recobro ante la entidad territorial, sin que ello se encuentre condicionado a la existencia y condiciones de un convenio interadministrativo. En todo caso, las controversias que pudieran derivarse de los convenios celebrados son ajenas por completo a la relación que por virtud de la vinculación de la actora con la entidad territorial generó las acreencias laborales. Por otro lado, no pasa por inadvertido la Sala que la apoderada del FOMAG en el recurso de apelación alega una falta de legitimación en la causa por pasiva, pues aduce que la obligación de la entidad surge solo desde la fecha de afiliación al fondo y no desde la fecha de inicio de la prestación de servicio docente. Al respecto debe la Sala precisar que tal argumento no fue planteado como argumento de defensa al momento de contestarse la de demanda, sino que únicamente se formula al momento de impugnar la sentencia de primera instancia, en donde no se realizó manifestación al respecto. Ahora bien, si hipotéticamente se aceptara tal razonamiento, el mismo no tiene la vocación de prosperidad, en la medida que las prestaciones sociales del magisterio, causadas con posterioridad a la promulgación de la Ley 91 de 1989 debían ser pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en esa medida le correspondía velar por que las entidades deudoras cumplieran con el pago de sus obligaciones. Así las cosas, resulta acertada la decisión de primera instancia en la que se ordenó a la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer y pagar las cesantías parciales correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995, debiendo hacer el recobro de ese valor ante el Municipio de Sora.

**CESANTÍAS – Reglas en relación con la prescripción según la sentencia de unificación del Consejo de Estado.**

Recuerda la Sala, que el apoderado de la entidad territorial demandada, manifestó que las cesantías reclamadas solo eran exigibles dentro del trienio contado a partir de su causación, por lo que, a la fecha de la reclamación administrativa, ya se encontraban prescritas. Sobre este aspecto, la sentencia del 25 de agosto de 2016, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado tuvo por objeto unificar jurisprudencia frente a las controversias que rodeaban el reconocimiento de las cesantías. En dicha providencia se establecieron las siguientes conclusiones: i) Cuando se trata de cesantías anualizadas no se puede hablar de prescripción del derecho hasta tanto no se rompa la relación laboral, pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley, que le concede al empleador un término perentorio para realizar el depósito en el fondo administrador al que esté afiliado el empleado y la omisión en el cumplimiento de ese término no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado.ii ) En consecuencia, las cesantías anualizadas se hacen exigibles a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación, fecha en la que debieron ser consignadas en el fondo administrador de cesantías correspondientes y no prescriben siempre que la relación laboral se encuentre vigente, pues considerar lo contrario devendría en una vulneración de los derechos laborales del empleado quien no debe soportar las cargas del incumplimiento de la obligación correspondiente a la administración. iii) Ahora, si bien se tiene que durante la vigencia de la relación laboral las cesantías anualizadas no prescriben, una vez esta se encuentre finalizada, se convierten definitivas y cesa la obligación del empleador de cancelar la prestación antes del 15 de febrero del año correspondiente, por lo que, a partir del retiro del servicio del empleado, el reclamó de las anualidades en mora se encuentra sujeto al término prescriptivo del derecho, en tanto es el beneficiario quien debe cumplir los requerimientos que el empleador hace para disponer su pago, omisión que no puede constituir un beneficio a su favor. Bajo ese entendido, las cesantías reclamadas en el presente asunto tienen el carácter de imprescriptibles, teniendo en cuenta que la accionante realizó la reclamación administrativa para obtener el pago de las cesantías anualizadas correspondientes al periodo 1993 a 1995, el 30 de agosto de 2018, esto es, cuando la relación laboral aún se encontraba vigente. Sobre este aspecto, encuentra la Sala que el Director de Afiliaciones y Novedades de la Fiduprevisora S.A. - F.N.P.S.M., certificó que a 03 de abril de 2020, la señora Mariela Aurora García García, se encontraba afiliada como docente activa. En tal sentido, los argumentos del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Municipio de Sora no están llamados a prosperar.

**SANCIÓN MORATORIA – Prescripción.**

Por otra parte, la apoderada de la parte actora, consideró que debe reconocerse la sanción moratoria, puesto que la misma no está sujeta al termino de prescripción de tres (3) años, sino que debe ser de diez (10) años, como lo establece el artículo 2536 del Código Civil, al ser una obligación de carácter civil y no laboral.Contrario a lo señalado por la apelante, advierte esta instancia que en la Sentencia de Unificación CE-SUJ004 de 25 agosto de 2016, la Sección Segunda fijó la regla jurisprudencial por la cual estableció que la sanción moratoria está sujeta al término prescriptivo señalado en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y su exigibilidad es el momento mismo en que se produce la mora. La regla es del siguiente tenor: «[…]3.**-** La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago…». De acuerdo con la disposición transcrita, la reclamación del empleado sobre un derecho o prestación debida, deberá efectuarse dentro de los 3 años siguientes a la exigibilidad de la misma, so pena de la prescripción. Debe señalarse igualmente, que el anterior término es susceptible de interrupción a través del simple reclamo escrito del trabajador, pero solo por un lapso igual, es decir, un trienio. No obstante, la claridad de la regla jurisprudencial establecida en la Sentencia de Unificación CE-SUJ004 de 25 agosto de 2016, fijada en la *ratio decidendi*, al momento de resolver el caso en concreto en dicho proceso, no se adoptó aquella relativa a que la sanción por mora está sometida al fenómeno de prescripción previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esto es, que la petición del empleado deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la exigibilidad de la obligación. Por el contrario, en el caso concreto, se tomó la fecha de la solicitud y se computaron tres años hacia atrás, misma forma que fue aplicada en el caso bajo estudio, declarando en el fallo recurrido probada de oficio la excepción de prescripción de la sanción moratoria causada con anterioridad al 2 de julio de 2011. Lo anterior llevó a que, ante las diversas formas como se contabilizaba el término de la prescripción para reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías anualizadas, la Sección Segunda en Sentencia de unificación CE-SUJ-SII-022-2020 del 6 de agosto de 2020, aclarara lo referente al momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción para reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías anualizadas, para lo cual, fijó la siguiente regla jurisprudencial: (…). Así las cosas, la sanción moratoria del sistema anualizado de cesantías se hace exigible a partir del día siguiente a aquel en que vence el plazo consagrado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por ende, desde el 15 de febrero de la anualidad siguiente, el empleado dispone de tres años para reclamar ante la administración el reconocimiento de la penalidad, so pena de verse afectado por el medio extintivo de la prescripción.

**SANCIÓN MORATORIA – Prescripción en el caso concreto.**

En el asunto *sub examine*, se tiene que la sanción moratoria respecto a la última anualidad en mora reclamada, esto es, el año 1995, se hizo exigible el 15 de febrero de 1996, por lo que, en los términos del artículo 151 CPT la demandante contaba con tres años para reclamarla, los cuales vencían, el 15 de febrero de 1999, observándose que elevó petición por primera vez en ese sentido el 30 de agosto de 2018, cuando ya había transcurrido el lapso extintivo previsto por el legislador, tal como continuación se constata:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Cesantías anualidades** | **Exigibilidad de la sanción** | **Fecha a partir de la cual se causa la prescripción** | **Fecha de la reclamación** | **Tiempo trascurrido entre la fecha de**  **exigibilidad y la petición de sanción** |
| 1993 | 15/02/1994 | 15/02/1997 | 30/08/2018 | 11 años, 6 meses y 15 días |
| 1994 | 15/02/1995 | 15/02/1998 | 30/08/2018 | 10 años, 6 meses y 15 días |
| 1995 | 15/02/1996 | 15/02/1999 | 30/08/2018 | 9 años, 6 meses y 15 días |

En consecuencia, en el *sub júdice* la reclamación se efectuó cuando ya habían transcurrido más de 3 años desde la exigibilidad de la sanción moratoria por la consignación fuera del plazo legal de la prestación social por la última anualidad en mora reclamada -1995-. Así las cosas, atendiendo a lo previsto en la Sentencia Unificación CE-SUJ-SII-022-2020 del 6 de agosto de 2020, se establece que respecto de aquel periodo y de los auxilios de cesantías causados por los años anteriores operó la prescripción del derecho. Valga aclarar que no es cierto, como lo pretende la apoderada de la parte demandante que, el termino de prescripción de sanción moratoria solo inicia su conteo desde la fecha de promulgación de la sentencia que determina que las cesantías no fueron consignadas en oportunidad, pues en la mencionada sentencia de unificación, se consideró que la penalidad al no ser accesoria a la prestación social y al pertenecer al derecho sancionador necesariamente debía estar sujeta al término prescriptivo del artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral27 que establece a cargo del titular del derecho la obligación de efectuar el reclamo dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad so pena de verse afectado por la prescripción, deber que no fue llevado a cabo en debida oportunidad por la demandante en el presente asunto.

Con fundamento en lo antes expuesto, la Sala confirmará la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Tunja.

**NOTA DE RELATORÍA:** La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. No obstante, puede ocurrir que en la conversión del documento PDF a Word puede quedar con algunas imperfecciones en el texto. Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarla y descargarla a través de la plataforma SAMAI siguiendo este link:

|  |
| --- |
| <https://samai.azurewebsites.net/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=150013333007201900046011500123> |



***REPÚBLICA DE COLOMBIA***

***TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ***

***SALA DE DECISIÓN VIRTUAL No. 4***

***MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO***

Tunja, veinticuatro (24) de enero de dos mil veintitrés (2023)

|  |  |
| --- | --- |
| **DEMANDANTE:** | MARIELA AURORA GARCÍA GARCÍA |
| **DEMANDADO:** | NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN –  FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES  SOCIALES DEL MAGISTERIO Y MUNICIPIO DE SORA |
| **REFERENCIA:** | 15001-3333-007-**2019-00046** -01 |
| **MEDIO DE CONTROL:** | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| **TEMA:** | RECONOCIMIENTO Y PAGO DE CESANTÍAS ANUALIZADAS |
| **ASUNTO:** | **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**- CONFIRMA DECISIÓN QUE ACCEDE PARCIALMENTE AL RECONOCIMIENTO Y  PAGO DE CESANTÍAS ANUALIZADAS |

Conoce la Sala sendos recursos de apelación interpuestos por los apoderados de los extremos procesales, contra la sentencia proferida el 22 de septiembre de **2021** por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

**I. A N T E C E D E N T E S**

# LA DEMANDA[[1]](#footnote-1)

1. La señora MARIELA AURORA GARCÍA GARCÍA**,** actuando a través de apoderada judicial, solicitó se declare la nulidad del Oficio No. 01711 del 19 de septiembre de 2018, proferido por el Municipio de Sora, mediante el cual se le negó el reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas causadas en los años 1993, 1994 y 1995 y que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria. De igual forma, pidió la nulidad del acto ficto o presunto configurado el 31 de noviembre de 2019 por el Fondo de Prestaciones del Magisterio, derivado de una solicitud incoada en el mismo sentido a la anterior.

1. Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó se condene a las demandadas al reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1993,1994 y 1995, de la sanción moratoria por pago tardía de dichas cesantías; de los intereses moratorios a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia; que sé de cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del CPACA y se condene en costas a la entidad demandada**.**

# Fundamentos fácticos

**3.** Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

* La demandante laboró en el cargo de docente en el Municipio de Sora desde el 13 de septiembre de 1993 a la fecha de la demanda.

* Adujo que, el Municipio de Sora no consignó dentro del término legal las cesantías correspondientes a los años **1993, 1994 y 1995**, es decir, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación.

* El 30 de agosto de 2018 se presentó reclamación administrativa ante las demandadas tendiente al reconocimiento y pago de las cesantías en mención, así como de la sanción moratoria derivada de ese pago tardío.

# Normas violadas y concepto de violación

1. Señaló como preceptos normativos violados los siguientes: artículos 13, 25, 83 y 58 de la Constitución Política; artículos 13 y 15 de la Ley 344 de 1996; artículos 1 y 2 de los Decreto 1582 de 1998 y 1252 de 2000; Ley 91 de 1989 y Decreto 3118 de 1968.

1. Al efecto indicó que, las cesantías deben pagarse completa y oportunamente a los trabajadores, so pena de vulnerar sus derechos fundamentales, pues se constituyen en un derecho económico que no puede ser desconocido por el empleador. Agregó que las cesantías son un derecho de orden público, irrenunciables e imprescriptibles.

1. Sostuvo que, en la liquidación anualizada de cesantías, le corresponde al empleador liquidar las cesantías cada año con corte a 31 de diciembre y luego efectuar la consignación en el fondo a más tardar el 15 de febrero del año siguiente y a partir de ese momento, las sumas liquidadas y consignadas por concepto de cesantías, ingresan al patrimonio del empleado.

1. Por otra parte, mencionó que los docentes municipales son servidores públicos, con régimen especial de empleados públicos, pertenecientes al orden municipal y de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, la Fiduciaria La Previsora, ha sido la entidad encargada del manejo de los recursos económicos del Fondo de prestaciones Sociales del Magisterio ya que son destinadas a cuentas individuales.

1. Agregó que de acuerdo a la Ley 91 de 1989, el personal legalmente vinculado a partir del 1º de enero de 1990, se regirá por las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional, contenidas en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, en concordancia con la Ley 60 de 1993.

1. Hizo referencia a la obligación de los entes territoriales de efectuar la afiliación al **FOMAG** de los docentes de servicio público educativo vinculados a las plantas de personal con anterioridad al 31 de diciembre de 2004 y su incumplimiento, en los términos del **Decreto 1752 de 2003**, implicaba la responsabilidad de la entidad territorial por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondían.
2. Aludió que los docentes, tienen derecho a que se les reconozca la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías, según lo expuesto por la Ley 1071 de 2006 que modificó la Ley 244 de 1995.

**CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

# MUNICIPIO DE SORA[[2]](#footnote-2)

1. La apoderada de la entidad territorial, se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que no es la responsable del reconocimiento y pago de la prestación solicitada, dado que sus funciones son meramente administrativas, de organización y vigilancia del servicio educativo, sin que tenga injerencia en el reconocimiento de las cesantías a cargo del **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

1. Consideró que al haber sido nombrada la demandante, como docente el 9 de septiembre de 1993, su situación se rige por la Ley 91 de 1989 y se encuentra afiliada al mencionado fondo, el cual es el encargado de administrar los recursos destinados para el pago de los derechos laborales de los docentes oficiales, entre ellos, el auxilio de cesantías y los intereses sobre el saldo de las mismas.

1. Propuso como excepciones las que denominó: *“falta de legitimación por pasiva”, e “ilegalidad del petitum”.*

# NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES[[3]](#footnote-3)

1. La entidad accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que a la demandante no le asiste el derecho de reconocimiento de cesantías en los términos indicados, ni tampoco la Ley 344 de 1996 consagra la obligación de pagar sanción moratoria por la presunta consignación inoportuna de las cesantías.

1. Sostuvo que de conformidad con la ley 91 de 1989, expresamente, se faculta al Ministerio de Educación Nacional para celebrar un contrato de fiducia con una sociedad de economía mixta, en el cual atribuye la calidad de administrador del patrimonio autónomo a la Fiduciaria La Previsora S.A.

1. Propuso las siguientes excepciones: *“legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad”, “improcedencia de la sanción moratoria contemplada en la Ley 344 de 1996”, e “improcedencia de condena en costas”.*

**DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[[4]](#footnote-4).**

1. El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, profirió sentencia el 22 de septiembre de 2021, en la que resolvió:

*“****PRIMERO: DECLARAR NO*** *probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el* ***MUNICIPIO DE SORA****, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO: DECLARAR de oficio*** *probada la excepción de prescripción extintiva de la sanción moratoria, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

***TERCERO: DECLARAR*** *que* ***operó el silencio administrativo negativo****, en relación con la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas y* ***la sanción moratoria*** *a favor de la señora MARIELA AURORA GARCÍA GARCÍA, contenida en el requerimiento No. 2018PQR45097 del 30 de agosto de 2018, conforme la motivación de la providencia.*

***CUARTO: DECLARAR*** *la nulidad del oficio No. 01711 del 19 de septiembre de 2018, proferido por el* ***MUNICIPIO DE SORA*** *y la nulidad del acto ficto producto de la ocurrencia del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta por parte del* ***FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL***

***MAGISTERIO*** *a la petición contenida en el requerimiento No.* ***2018PQR45097 del 30 de agosto de 2018****, mediante los cual se negó el reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas causadas en los años 1993, 1994 y 1995 y la sanción moratoria, según las motivaciones expuestas.*

***QUINTO:*** *Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordena a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reconocer y pagar las cesantías parciales correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995 a la señora MARIELA AURORA GARCÍA GARCÍA identificada con C.C. No.*

*40.028.573, liquidadas con el régimen anual de cesantías.*

*La Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberá adelantar los trámites administrativos ante el Municipio de Sora, a efectos de recobrar el valor de las cesantías parciales correspondientes a los años* ***1993, 1994 y 1995*** *reconocida en virtud de esta sentencia.*

***SEXTO:*** *Condenar a la* ***NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO****, a pagar la indexación de las sumas adeudadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemática financieras acogida por el Consejo de Estado: (…).*

***SÉPTIMO:*** *La* ***NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO,*** *dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192, 194 y 195 del CPACA y reconocerá intereses en la forma prevista en el artículo 192 ibídem.*

***OCTAVO:*** *Negar las demás pretensiones de la demanda.*

***NOVENO:*** *Sin condena en costas en esta instancia”.*

1. En efecto, el *a quo* sostuvo que había lugar a ordenar el reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995, teniendo en cuenta que no ha existido la consignación por parte del **Municipio de Sora** ni el pago de dichos dineros por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pese a que se encuentra plenamente acreditado que, para dichos años, la demandante laboró como docente al servicio del Municipio de Sora.

1. Indicó que correspondía al Municipio de Sora realizar el pago del auxilio correspondiente a cada uno de los años en mención, con destino al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en consideración a que la accionante fue nombrada docente oficial en una plaza municipal, en cofinanciación de recursos nacionales y de la correspondiente entidad territorial.

1. Resaltó que el reconocimiento y pago de las cesantías en mención no se encuentra afectado por el fenómeno jurídico de la prescripción, teniendo en cuenta que la relación laboral se encuentra vigente y el auxilio de cesantía tiene carácter de imprescriptible.

1. Por otro lado, en relación con la prescripción de la sanción moratoria, refirió que de conformidad con el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, las cesantías debieron consignarse el 14 de febrero del año siguiente a su causación, por lo que al haber presentado la reclamación administrativa el 30 de agosto de 2018, la referida sanción se encuentra prescrita toda vez que la reclamación se realizó cuando ya habían transcurrido más de 3 años desde el momento en que se hizo exigible, de acuerdo a la regla jurisprudencial sentada en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-022-2020 del 6 de agosto de 2020 de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

**FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN**

# PARTE DEMANDANTE[[5]](#footnote-5)

1. Dentro de la oportunidad para ello, la parte actora interpuso recurso de apelación, en el cual solicitó revocar parcialmente la decisión proferida en primera instancia, en lo referente a la declaratoria de prescripción y en consecuencia se ordene reconocer y pagar la sanción moratoria por pago tardío de cesantías.

1. Al respecto indicó que, el presente asunto trata de un proceso declarativo que busca determinar la existencia de la omisión en el pago de las cesantías anualizadas, es decir que solo nace a la vida jurídica el derecho reclamado, dado su carácter constitutivo, cuando se determina la no consignación de las cesantías, esto es, con la sentencia y solo a partir de ese momento nace el derecho a la vida jurídica, por lo que aún no se encuentra prescrito. Para tal efecto, solicitó se tenga en cuenta la jurisprudencia que sobre el tema de prescripción ha proferido el Consejo de Estado en asuntos en los que se analiza el reconocimiento de contrato realidad.
2. Por otro lado, destacó que el Consejo de Estado en sentencia de 19 de abril de 2012, radicado 25000-23-25-000-2005-03330-01 (0943-08), indicó que el término de prescripción de la cesantía definitiva es el consagrado en el artículo 2536 del Código Civil, esto es, de 10 años, y no de 3 años como lo establece los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, pues tales normas no regulan lo concerniente a las cesantías definitivas.

1. Aludió que la sanción por el no pago de una prestación, una vez pagada la prestación, se convierte en una obligación de carácter civil diferente a un derecho laboral, sin que pueda aplicarse una disposición que se equipara a una prestación.

# MUNICIPIO DE SORA[[6]](#footnote-6)

1. Por otro lado, el apoderado del Municipio de Sora interpuso recurso de apelación en contra de los numerales **cuarto a séptimo** de la parte resolutiva de la decisión de primera instancia, con base en los siguientes argumentos.

1. Sostuvo que las cesantías de los años 1993, 1994 y 1995 eran exigibles dentro del trienio contado a partir de su causación, sin que el escrito presentado el día 30 de agosto de 2018, haya tenido la suficiencia de interrumpir la prescripción de tales derechos.

1. Lo anterior, por considerar que la Ley 715 de 2001, no otorgó a las entidades no certificadas la administración de plantas de personal en materia de educación, por lo que era necesario que la docente reclamara en oportunidad al **Municipio de Sora**, luego de haber dejado de pertenecer a su planta de personal.

1. Indicó que, una vez culminada la vinculación con el municipio, inició el conteo de la prescripción trienal de derechos y prestaciones sociales, tal y como lo dispone el artículo 4 del Decreto 196 de 1996. Si bien la demandante ha estado vinculada interrumpidamente al FOMAG, ello no quiere significar que el derecho pretendido sea imprescriptible.

1. Señaló que no se acreditó la existencia de un vínculo contractual entre el FOMAG y el Municipio de Sora, que imponga la obligación a dicha entidad territorial de hacer la transferencia de cesantías anualizadas, por lo que no podía el *a quo* ordenar al **FOMAG** iniciar acciones de recobro. Agregó que,para que el **FOMAG** tuviera la posibilidad de repetir lo pagado, debía haber suscrito previamente con el Municipio, convenio de financiación o de cofinanciación para el pago de las prestaciones sociales, es decir, que no se trata de un mandato legal, sino que la obligación de transferir recursos entre el Municipio y el FOMAG es de origen eminentemente contractual y en tal sentido, lo procedente sería el ejercicio del medio de control de controversias contractuales.

# NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES[[7]](#footnote-7)

1. La apoderada de la parte demandada- **FOMAG,** presentó escrito de apelación contra la sentencia de primera instancia, a lo cual solicitó se revoque los acápites condenatorios.

1. Fundamentó su inconformismo en una falta de legitimación en la causa por pasiva, en atención a que el pago de las cesantías anualizadas y la sanción moratoria por el no pago de las mismas le corresponde es al ente territorial, por ser la entidad empleadora del docente.

1. Manifestó que el FOMAG solo procede al pago de cesantías una vez se expida el acto administrativo que ordena su reconocimiento, por lo que no es viable el recobro del valor de las cesantías, de acuerdo a lo señalado en el Decreto 3752 de 2003 que estableció la vinculación obligatoria del personal docente oficial a dicho fondo y condicionó la efectividad de sus obligaciones prestacionales a la fecha en que el docente haya sido afiliado.

1. Por lo tanto, la obligación del FOMAG surge desde el momento de afiliación al mismo y no desde la fecha en que se inició la prestación al servicio docente. Así, en el presente asunto, el pago correspondiente a cesantías durante los años 1993, 1994 y 1995 correspondía al Municipio de Sora, pues no se acredita afiliación de la accionante durante esos años al FOMAG, ni tampoco se certificó que se hubiera consignado valor por ese concepto al fondo.

# TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

1. Mediante auto del 24 de febrero de 2022[[8]](#footnote-8), esta Corporación, admitió los recursos de apelación interpuestos tanto como por la parte demandante como por las demandadas Nación – Ministerio De Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Municipio de Sora, procediendo a la notificación en debida forma, sin manifestación alguna de los extremos procesales y en aplicación de la Ley 2080 de 2021, se ordenó por Secretaría de la Corporación adelantar el trámite previsto en el numeral 5º del artículo 67 ibídem[[9]](#footnote-9). Por lo anterior no se registran alegaciones finales en esta instancia, por los extremos en litis, ni el agente del Ministerio público delegado ante esta corporación, emitió concepto en esta ocasión.

**II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**CONTROL DE LEGALIDAD.**

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

# PROBLEMA JURÍDICO

1. En los términos de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de cada una de las partes, corresponde al Tribunal establecer:

* + *¿Cuál es la entidad llamada a responder por las sumas reclamadas en la demanda y la consecuente condena impuesta en primera instancia?*
  + *¿Operó la prescripción de las pretensiones tendientes al reconocimiento y pago del auxilio de cesantías adeudadas al demandante?*

* + *¿Procedía declarar probada la excepción de prescripción extintiva de la sanción moratoria en los términos dispuestos en la sentencia de primera instancia?*

1. De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en los recursos de apelación, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso, para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

# Tesis argumentativa propuesta por la Sala

1. *La Sala confirmará la decisión de primera instancia, teniendo en cuenta que en virtud de las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y el Decreto 196 de 1995, correspondía a la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer y pagar las cesantías parciales correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995 a la señora* ***MARIELA AURORA GARCÍA GARCÍA*** *y luego adelantar los trámites administrativos ante el Municipio de Sora, a efectos de recobrar el valor de tales cesantías.*

1. *Lo anterior, en atención a que era obligación de la entidad territorial la incorporación o afiliación de la demandante al* ***Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*** *desde el momento de su vinculación al servicio docente y en su condición de entidad nominadora, le correspondía el pago de las cesantías pretendidas, a través del mencionado fondo, siendo esta una obligación de origen legal y para su cumplimiento no se requiere la existencia de un convenio interadministrativo.*

1. *Por otro lado, según lo dispuesto en la Sentencia de Unificación de 25 de agosto de 2016, dictada por la* ***Sección Segunda del Consejo de Estado****, las cesantías reclamadas en el presente asunto tienen el carácter de imprescriptibles, teniendo en cuenta que la accionante realizó la reclamación administrativa cuando la relación laboral aún se encontraba vigente.*

1. *No obstante, no ocurre lo mismo con la sanción moratoria reclamada, pues en la misma Sentencia de Unificación de 25 de agosto de 2016, la cual fue aclarada mediante providencia del 6 de agosto de 2020, se estableció que la penalidad no es accesoria a la prestación social y al pertenecer al derecho sancionador debía estar sujeta al término prescriptivo del artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, que establece a cargo del titular del derecho la obligación de efectuar el reclamo dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad so pena de verse afectado por la prescripción, deber que no fue llevado a cabo en debida oportunidad por la demandante en el presente asunto.*

# CASO CONCRETO

1. De los documentos aportados al plenario se tiene probado, en orden cronológico lo siguiente:

* + Mediante Decreto No. 036 del 09 de septiembre de 1993, el alcalde del Municipio de Sora, nombró a la señora Mariela García García, como docente en plaza municipal rural, grado de 01 de escalafón en la R.D. Quebrada-Honda, a través de **financiación del Ministerio de Educación Nacional** (fls 11-12, archivo 18, E. D.).

* + Según certificado de historia laboral expedido el 30 de mayo de 2018, se advierte que la docente Mariela Aurora García García se encuentra afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es activa en el servicio en el cargo de docente en el establecimiento educativo sede Quebrada Honda de Sora – Boyacá-, en propiedad, de vinculación nacional y se posesionó en el referido cargo a partir del **13 de septiembre de 1993** (fls 14-16, archivo 18, exp. Digital).

* + El 30 de agosto de 2018, la señora Mariela Aurora García García, solicitó ante las demandadas el reconocimiento y pago de las cesantías causadas para los años 1993, 1994 y 1995, junto con la respectiva indexación, y el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías (fls 5-17, archivo 03, E. D.).

* + En virtud de lo anterior, la alcaldesa del Municipio de Sora a través de oficio No. 01711 del 19 de septiembre de 2018, señaló que no reposaba información relacionada con el pago de las cesantías para los años 1993, 1994 y 1995 (fl 18, archivo 03, E. D.).

* + Así mismo, aparece certificación expedida por el Alcalde Municipal del Sora-Boyacá, en la que se indicó las prestaciones sociales canceladas a la señora Mariela Aurora García García para los años 1993, 1994 y 1995, sin que se indique el pago de cesantías anualizadas (Pág. 11-12 Archivo 33 E. D.).

* + Por su parte, el Director de Afiliaciones y Novedades de la Fiduprevisora S.A. - F.N.P.S.M., a través de escrito del 03 de abril de 2020, certificó que la señora Mariela Aurora García García, se encuentra afiliada como docente activa y reporta los siguientes datos (fl. 4, archivo 32, E. D.):

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| Secretaría de Educación | Tipo de  Nombramiento | Tipo de vinculación | Régimen  pensional | Régimen de Cesantías |
| BOYACA | EN PROPIEDAD | MUNICIPAL | Ley 33 de 1985 | ANUALIDAD |
|  |  |  |  |  |
| Número Acto administrativo | Fecha de Acto administrativo | Fecha de posesión | Fecha de afiliación nombramiento | Estado de afiliación |
| 13 | 09/09/1993 | 13/09/1993 | 01/09/1997 | ACTIVO |

* + Mediante oficio de fecha 12 de marzo de 2020, la Profesional Especializada de Historias Laborales de la Secretaría de Educación de Boyacá, informó que no encontró pago alguno por concepto de cesantías para los años 1993, 1994 y 1995, en favor de la docente demandante (fl. 2, archivo 33, E. D.).

* + Copia del expediente administrativo laboral de la docente Mariela Aurora García, en el cual, reposa entre otros, el certificado de prestaciones sociales devengadas durante los años 1993 a 1995 (fls 10-11, archivo 33, E. D.).

1. En ese orden de ideas, se encuentra establecido que la señora Mariela Aurora García García fue nombrada por el Municipio de Sora en una plaza municipal el 09 de septiembre de 1993, en cofinanciación de recursos nacionales.

1. Así mismo está debidamente probado que la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 12 de septiembre de 1993 en adelante, y estuvo vinculada al Municipio de Sora, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, toda vez que la planta global pasó a cargo de esta. No se acreditó en el proceso la fecha exacta en que fue asumida por el Departamento de Boyacá, sin embargo, dicha planta pasó a cargo de esta de conformidad con lo dispuesto en la Ley 715 de 2001.

1. Por otra parte, se logró establecer que el Municipio de Sora no realizó los pagos correspondientes a las **cesantías anualizadas** a favor de la demandante correspondientes a los años **1993, 1994 y 1995.**

1. Lo anterior, según se desprendedel contenido del mismoacto administrativo demandado[[10]](#footnote-10), en el cual la alcaldesa del Municipio de Sora refirió que no se encontró información relacionada con el pago de las cesantías reclamadas; lo cual es corroborado con la certificación expedida por la misma entidad el 13 de abril de 2020[[11]](#footnote-11), en la que se informó respecto de las prestaciones sociales pagadas a la docente Mariela Aurora García García, sin que se haya indicado pago alguno o giro al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de cesantías anualizadas. Además, tal información coincide con la certificación expedida por la Profesional Especializada de Historias Laborales de la Secretaría de Educación de Boyacá, en la que refirió que no se encontró pago alguno para los años 1993, 1994 y 1995 correspondiente a la docente Mariela Aurora García García por concepto de cesantías[[12]](#footnote-12).

1. En este punto, advierte la Sala que en relación con la causación de cesantías anualizadas correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995 y el no pago de las mismas, no existe controversia alguna por las partes, pues ello no fue motivo de apelación.

1. Visto de esa manera el escenario, pasa la Sala a analizar los cargos expuestos por las partes en los respectivos recursos de apelación interpuestos en contra de la sentencia de primera instancia, de la forma que a continuación se enuncia.

# De la entidad competente para reconocer y pagar las cesantías parciales correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995

1. Según se anotó en los antecedentes de esta providencia, las entidades demandadas manifiestan su inconformismo en contra de la decisión de primera instancia, en relación con la orden de recobro que debe realizar el Ministerio de Educación – FOMAG al Municipio de Sora. A juicio de la entidad territorial, correspondía a la parte actora acreditar la existencia de un vínculo contractual entre tales entidades, en el que se impusiera la obligación de hacer la transferencia de cesantías anualizadas. Por su parte, la apoderada del FOMAG, adujo que el pago de las cesantías anualizadas es una obligación a cargo del ente territorial, por ser la entidad empleadora del docente.

1. Sobre este asunto, cabe mencionar que la Ley 60 de 1993[[13]](#footnote-13), dispuso la descentralización del sector educativo[[14]](#footnote-14) y, de ese modo, empezó la desarticulación del proceso de nacionalización que imperaba previamente para la prestación de ese servicio. En el parágrafo del artículo 15 *ibídem*, se determinó que la Nación cedería los bienes del servicio educativo a los departamentos, municipios y distritos; de igual manera, a través de los diferentes artículos de esa normativa, se dispuso el traslado del personal y de los establecimientos educativos, a las entidades del orden territorial.

1. Con base en lo anterior, las plantas de personal entrarían a hacer parte de la respectiva entidad territorial y, para ello, era necesario que se adelantara un proceso de incorporación, pues los docentes que tenían la condición de nacionales o nacionalizados, debían migrar a los departamentos, municipios o distritos, y el régimen prestacional que regiría tanto a los docentes que venían incorporados, como a **los que se vincularan con posterioridad**, sería el establecido en la Ley 91 de 1989[[15]](#footnote-15). En el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 se indicó:

“*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****”. (Negrilla fuera del texto original)*

1. Por su parte, 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»,* reiteró la obligación de afiliación o incorporación de los docentes municipales financiados o cofinanciados por la Nación al FOMAG. En dicha norma, 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:*

* 1. *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;*
  2. ***Son Igualmente los docentes financiados o cofinanciados por la NaciónMinisterio 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.» (Negrilla fuera del texto original)*

1. En el artículo 4 *ibídem* se previó que los docentes 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 NaciónMinisterio 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.» (Negrilla fuera del texto original)*

1. De acuerdo con las normas transcritas, encuentra la Sala que era obligación de la entidad territorial la incorporación o afiliación de la demandante al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el momento de su vinculación al servicio docente y como consecuencia de ello, en su condición de entidad nominadora, le correspondía el pago de las cesantías pretendidas, a través del mencionado fondo.

1. Ahora, no son de recibo los argumentos expuestos por el apoderado del Municipio de Sora, pues la obligación del pago de las cesantías causadas durante los años 1993, 1994 y 1995 es de origen legal y la orden judicial acá emitida es título suficiente para que el FOMAG pueda hacer el recobro ante la entidad territorial, sin que ello se encuentre condicionado a la existencia y condiciones de un convenio interadministrativo. En todo caso, las controversias que pudieran derivarse de los convenios celebrados son ajenas por completo a la relación que por virtud de la vinculación de la actora con la entidad territorial generó las acreencias laborales.

1. Por otro lado, no pasa por inadvertido la Sala que la apoderada del FOMAG en el recurso de apelación alega una falta de legitimación en la causa por pasiva, pues aduce que la obligación de la entidad surge solo desde la fecha de afiliación al fondo y no desde la fecha de inicio de la prestación de servicio docente. Al respecto debe la Sala precisar que tal argumento no fue planteado como argumento de defensa al momento de contestarse la de demanda, sino que únicamente se formula al momento de impugnar la sentencia de primera instancia, en donde no se realizó manifestación al respecto[[16]](#footnote-16).

1. Ahora bien, si hipotéticamente se aceptara tal razonamiento, el mismo no tiene la vocación de prosperidad, en la medida que las prestaciones sociales del magisterio, causadas con posterioridad a la promulgación de la Ley 91 de 1989 debían ser pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en esa medida le correspondía velar por que las entidades deudoras cumplieran con el pago de sus obligaciones[[17]](#footnote-17)[[18]](#footnote-18)[[19]](#footnote-19)7.

1. Así las cosas, resulta acertada la decisión de primera instancia en la que se ordenó a la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer y pagar las cesantías parciales correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995, debiendo hacer el recobro de ese valor ante el Municipio de Sora.

# El carácter imprescriptible de las cesantías

1. Recuerda la Sala, que el apoderado de la entidad territorial demandada, manifestó que las cesantías reclamadas solo eran exigibles dentro del trienio contado a partir de su causación, por lo que, a la fecha de la reclamación administrativa, ya se encontraban prescritas.

1. Sobre este aspecto, la sentencia del 25 de agosto de 2016, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado[[20]](#footnote-20) tuvo por objeto unificar jurisprudencia frente a las controversias que rodeaban el reconocimiento de las cesantías. En dicha providencia se establecieron las siguientes conclusiones[[21]](#footnote-21):

* 1. Cuando se trata de cesantías anualizadas no se puede hablar de prescripción del derecho hasta tanto no se rompa la relación laboral, pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley, que le concede al empleador un término perentorio para realizar el depósito en el fondo administrador al que esté afiliado el empleado y la omisión en el cumplimiento de ese término no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado.

* 1. En consecuencia, las cesantías anualizadas se hacen exigibles a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación, fecha en la que debieron ser consignadas en el fondo administrador de cesantías correspondientes y no prescriben siempre que la relación laboral se encuentre vigente, pues considerar lo contrario devendría en una vulneración de los derechos laborales del empleado quien no debe soportar las cargas del incumplimiento de la obligación correspondiente a la administración.

* 1. Ahora, si bien se tiene que durante la vigencia de la relación laboral las cesantías anualizadas no prescriben, una vez esta se encuentre finalizada, se convierten definitivas y cesa la obligación del empleador de cancelar la prestación antes del 15 de febrero del año correspondiente, por lo que, a partir del retiro del servicio del empleado, el reclamó de las anualidades en mora se encuentra sujeto al término prescriptivo del derecho, en tanto es el beneficiario quien debe cumplir los requerimientos que el empleador hace para disponer su pago, omisión que no puede constituir un beneficio a su favor.

1. Bajo ese entendido, las cesantías reclamadas en el presente asunto tienen el carácter de imprescriptibles, teniendo en cuenta que la accionante realizó la reclamación administrativa para obtener el pago de las cesantías anualizadas correspondientes al periodo 1993 a 1995, el 30 de agosto de 2018[[22]](#footnote-22), esto es, cuando la relación laboral aún se encontraba vigente. Sobre este aspecto, encuentra la Sala que el Director de Afiliaciones y Novedades de la Fiduprevisora S.A. - F.N.P.S.M., certificó que a 03 de abril de 2020, la señora Mariela Aurora García García, se encontraba afiliada como docente **activa[[23]](#footnote-23).** En tal sentido, los argumentos del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Municipio de Sora no están llamados a prosperar.

**La prescripción de la sanción moratoria.**

1. Por otra parte, la apoderada de la parte actora, consideró que debe reconocerse la sanción moratoria, puesto que la misma no está sujeta al termino de prescripción de tres (3) años, sino que debe ser de diez (10) años, como lo establece el artículo 2536 del Código Civil, al ser una obligación de carácter civil y no laboral.

1. Contrario a lo señalado por la apelante, advierte esta instancia que en la Sentencia de Unificación CE-SUJ004 de 25 agosto de 2016[[24]](#footnote-24), la Sección Segunda fijó la regla jurisprudencial por la cual estableció que la sanción moratoria está sujeta al término prescriptivo señalado en el artículo 151[[25]](#footnote-25) del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y su exigibilidad es el momento mismo en que se produce la mora. La regla es del siguiente tenor:

«[…] **3.-** La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago…».

1. De acuerdo con la disposición transcrita, la reclamación del empleado sobre un derecho o prestación debida, deberá efectuarse dentro de los 3 años siguientes a la exigibilidad de la misma, so pena de la prescripción. Debe señalarse igualmente, que el anterior término es susceptible de interrupción a través del simple reclamo escrito del trabajador, pero solo por un lapso igual, es decir, un trienio.

1. No obstante, la claridad de la regla jurisprudencial establecida en la Sentencia de Unificación CE-SUJ004 de 25 agosto de 2016, fijada en la *ratio decidendi*, al momento de resolver el caso en concreto en dicho proceso, no se adoptó aquella relativa a que la sanción por mora está sometida al fenómeno de prescripción previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esto es, que la petición del empleado deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la exigibilidad de la obligación. Por el contrario, en el caso concreto, se tomó la fecha de la solicitud y se computaron tres años hacia atrás, misma forma que fue aplicada en el caso bajo estudio, declarando en el fallo recurrido probada de oficio la excepción de prescripción de la sanción moratoria causada con anterioridad al 2 de julio de 2011.

1. Lo anterior llevó a que, ante las diversas formas como se contabilizaba el término de la prescripción para reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías anualizadas, la Sección Segunda en Sentencia de unificación CE-SUJ-SII-022-2020 del 6 de agosto de 2020, aclarara lo referente al momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción para reclamar la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías anualizadas, para lo cual, fijó la siguiente regla jurisprudencial[[26]](#footnote-26):

«PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIAen la Sección Segunda del Consejo de Estado, para señalar en cuanto a la prescripción de la sanción moratoria del régimen anualizado de cesantías – Ley 50 de 1990-, las siguientes reglas jurisprudenciales:

* 1. El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria del régimen anualizado de cesantías –Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.

* 1. En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías del régimen de Ley 50 de 1990, el término prescriptivo de la sanción deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria correspondiente, so pena de su extinción».

1. Así las cosas, la sanción moratoria del sistema anualizado de cesantías se hace exigible a partir del día siguiente a aquel en que vence el plazo consagrado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por ende, desde el 15 de febrero de la anualidad siguiente, el empleado dispone de tres años para reclamar ante la administración el reconocimiento de la penalidad, so pena de verse afectado por el medio extintivo de la prescripción.

1. En el asunto *sub examine*, se tiene que la sanción moratoria respecto a la última anualidad en mora reclamada, esto es, el año 1995, se hizo exigible el 15 de febrero de 1996, por lo que, en los términos del artículo 151 CPT[[27]](#footnote-27) la demandante contaba con tres años para reclamarla, los cuales vencían, el 15 de febrero de 1999, observándose que elevó petición por primera vez en ese sentido el 30 de agosto de 2018, cuando ya había transcurrido el lapso extintivo previsto por el legislador, tal como continuación se constata:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Cesantías anualidades** | **Exigibilidad de la sanción** | **Fecha a partir de la cual se causa la prescripción** | **Fecha de la reclamación** | **Tiempo trascurrido entre la fecha de**  **exigibilidad y la petición de sanción** |
| 1993 | 15/02/1994 | 15/02/1997 | 30/08/2018 | 11 años, 6 meses y 15 días |
| 1994 | 15/02/1995 | 15/02/1998 | 30/08/2018 | 10 años, 6 meses y 15 días |
| 1995 | 15/02/1996 | 15/02/1999 | 30/08/2018 | 9 años, 6 meses y 15 días |

1. En consecuencia, en el *sub júdice* la reclamación se efectuó cuando ya habían transcurrido más de 3 años desde la exigibilidad de la sanción moratoria por la consignación fuera del plazo legal de la prestación social por la última anualidad en mora reclamada -1995-. Así las cosas, atendiendo a lo previsto en la Sentencia Unificación CE-SUJ-SII-022-2020 del 6 de agosto de 2020, se establece que respecto de aquel periodo y de los auxilios de cesantías causados por los años anteriores operó la prescripción del derecho.

1. Valga aclarar que no es cierto, como lo pretende la apoderada de la parte demandante que, el termino de prescripción de sanción moratoria solo inicia su conteo desde la fecha de promulgación de la sentencia que determina que las cesantías no fueron consignadas en oportunidad, pues en la mencionada sentencia de unificación,[[28]](#footnote-28) se consideró que la penalidad al no ser accesoria a la prestación social y al pertenecer al derecho sancionador necesariamente debía estar sujeta al término prescriptivo del artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral27 que establece a cargo del titular del derecho la obligación de efectuar el reclamo dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad so pena de verse afectado por la prescripción, deber que no fue llevado a cabo en debida oportunidad por la demandante en el presente asunto.

1. Con fundamento en lo antes expuesto, la Sala confirmará la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Tunja.

# COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

**73.** De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, la Sala se **abstendrá de condenar en costas en segunda instancia**, pues los extremos procesales actuaron como apelantes de manera simultánea. 

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**III. FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida el 22 de septiembre de 2021 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**TERCERA:** Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al despacho de origen, previo registro en el sistema SAMAI.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión virtual de la Sala de Decisión, según acta de la fecha.

# NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

*Firmado electrónicamente*

**JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**

**Magistrado** *Firmado electrónicamente*

**BEATRÍZ TERESA GALVIS BUSTOS**

**Magistrada**

*Firmado electrónicamente*

**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**

**Magistrado**

***Constancia:*** *“La presente providencia fue firmada electrónicamente por los Magistrados que integran la Sala de Decisión en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA”.*

1. Archivo 01, expediente digital. [↑](#footnote-ref-1)
2. Archivo 18, expediente digital. [↑](#footnote-ref-2)
3. Fls 1 a 13, archivo 19, expediente digital. [↑](#footnote-ref-3)
4. Archivo 3 del expediente digital [↑](#footnote-ref-4)
5. Índice 45, primera instancia, SAMAI. [↑](#footnote-ref-5)
6. Índice 46, primera instancia, SAMAI [↑](#footnote-ref-6)
7. Índice 47, primera instancia, SAMAI. [↑](#footnote-ref-7)
8. Índice N°4- Samai. [↑](#footnote-ref-8)
9. “(…)5. Si fuere necesario decretar pruebas, una vez practicadas, el superior autorizará la presentación de alegatos por escrito, para lo cual concederá un término de diez (10) días. **En caso contrario, no habrá lugar a dar traslado para alegar**. El secretario pasará el expediente al despacho para dictar sentencia dentro de los diez (10) días siguientes de concluido el término para alegar o de ejecutoria del auto que admite el recurso. (…)” [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 18, archivo 03, E. D. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 11-12, archivo 33 E. D. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 2, archivo 33, E. D. [↑](#footnote-ref-12)
13. «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». [↑](#footnote-ref-13)
14. En el artículo 16 literal «B. En educación» se fijaron las reglas para la descentralización de ese servicio. [↑](#footnote-ref-14)
15. Así se determinó en el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, en cuyo aparte pertinente, señaló: «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». [↑](#footnote-ref-15)
16. El artículo 322 del CGP, señala lo siguiente: “(…) Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, **deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior** (…)”. 17 El artículo 5º de la ley 91 de 1989, dispone: “**ARTÍCULO 5.** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos: [↑](#footnote-ref-16)
17. . **Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado**.

    (…) [↑](#footnote-ref-17)
18. . **Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes**. [↑](#footnote-ref-18)
19. . **Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones”.** [↑](#footnote-ref-19)
20. Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16 [↑](#footnote-ref-20)
21. Dichas conclusiones fueron citadas en la sentencia de 25 de noviembre de 2021, dictada por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Radicación número: 2300123-33-000-2014-00043-01(4317-16). [↑](#footnote-ref-21)
22. Folios 5-17, archivo 03, E. D. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folio 4, archivo 32, E. D. [↑](#footnote-ref-23)
24. C.P. Luis Rafael Vergara Quintero. [↑](#footnote-ref-24)
25. Artículo 151. Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.» [↑](#footnote-ref-25)
26. Sentencia de fecha 6 de agosto de 2020 [↑](#footnote-ref-26)
27. ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual. [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia CE–SUJ004 de 2016, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero. 27 ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual. [↑](#footnote-ref-28)