



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, siete (7) de julio de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

REFERENCIA:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
M. DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
PROCESO:	70-001-33-33-007-2014-202-01
DEMANDANTE:	JOSÉ BLAS PERÉZ CÁRDENAS
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE COROZAL

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 25 de enero de 2017 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, en la cual se resolvió negar las súplicas de la demanda formulada por el señor JOSÉ BLAS PERÉZ CÁRDENAS en contra del MUNICIPIO DE COROZAL en virtud de la prescripción del derecho reclamado.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹

El señor JOSÉ BLAS PERÉZ CÁRDENAS por conducto de apoderado judicial, formula demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con las siguientes **PRETENSIONES**:

"PRIMERA: Solicitó la Nulidad del Acto Administrativo de fecha 6 de febrero del 2014 expedido por la Alcaldía de Corozal donde resolvió negar el pago de la sanción moratoria y reconocimiento de las cesantías a mis poderdantes.

¹ Fol. 1-8 Cuaderno de Primera instancia.

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior, se le reconozca, ordene liquidar y pagar a mi poderdante JOSÉ BLAS PEREZ CARDENAS, lo correspondiente al pago de las cesantías e intereses de cesantías.

TERCERA: Que se repare integralmente el daño padecido por mi poderdante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y por ende que se sigan reconociendo estas prestaciones en años posteriores y hasta tanto estuviera vigente la relación laboral del actor con la entidad.

CUARTA: Que el municipio de Corozal cancele a mi poderdante el pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en forma oportuna al fondo del magisterio.

QUINTA: El Municipio de Corozal dará cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado en el art 176 del C.C.A. y reconocerá los intereses de que trata el inciso final del artículo 177 ibídem, con la modificación introducida por la sentencia C-188 del 29 de marzo de 1999, de la corte constitucional.

SEXTA: Solicito se ordene que la sentencia condenaría se expida copia autentica, con la constancia de ser primera copia y de prestar merito ejecutivo y copia autenticada de los poderes con la constancia de ser vigentes y/o haber sido revocados.

SEPTIMA: Que se condene en costas en los términos del art. 55 de la ley 446 de 1998" (sic)

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS**, en la demanda se expuso que:

El señor JOSÉ BLAS PERÉZ CARDENAS, fue nombrado a través del Decreto 047 de 1999 y el 138 del 2001 por el Municipio de Corozal como docente y el día 14 de enero del 2014, presentó derecho de petición tendiente al reconocimiento y pago de las cesantías y sanción moratoria.

El día 7 de febrero del 2014, se recibió respuesta a través del acto administrativo de fecha 6 de febrero de 2014, donde la Alcaldía Municipal de Corozal manifestó que no era posible acceder a la solicitud de reconocimiento de pago de la sanción moratoria y de las cesantías de acuerdo al art. 99 de la Ley 50 de 1990, por imposibilidad presupuestal y fiscal.

Con la entrada en vigencia de la ley 50/90, que estableció el régimen de cesantía para los trabajadores dependientes, Las cuales se liquidarían en la fecha de corte de diciembre y establece la obligación a los empleadores de consignar dichas

prestaciones económicas a un fondo a más tardar el 15 de febrero de la anualidad siguiente, razón por la cual, el Municipio de Corozal adeuda la sanción moratoria por el no pago oportuno de dichas cesantías.

De conformidad con lo anterior la indemnización por la no consignación de las cesantías en el fondo de cesantías correspondiente, se ha liquidado con base en el sueldo mensual que sirvió de base para calcular las cesantías pero para estos efectos se debe liquidar la cesantía con el sueldo mensual más los factores salariales que establece el art. 45 del Decreto 1045 de 1978 modificado por el Decreto 2712 de 1999, salario que lógicamente es el mismo que se debe tener en cuenta para liquidar la sanción por la no consignación de las cesantías, esta sanción se ha liquidado anualmente desde el 15 de febrero del año siguiente al de la vinculación de mis poderdantes, pues la sanción se sigue causando y debe liquidarse hasta la fecha de pago de las cesantías.

El artículo 99 de la ley 50/90 en concordancia con la ley 52 de 1975, el decreto reglamentario 116 de 1976, la ley 1995, la ley 344 de 1996, decreto 1582 de 1988 y el concepto 106816 del Ministerio de Protección Social, señala que la no consignación de las cesantías dentro de los términos legales, genera pago de la sanción moratoria establecida de indemnización.

Dice el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990, que el empleador que incumpla el plazo señalado (se refiere a la consignación de las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente) deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

Se debe tener en cuenta que con respecto de la sanción moratoria que se está reclamando, su termino de prescripción es distinto a las demás prestaciones, pues no se inicia su término desde la fecha de la causación, sino desde la terminación de la relación laboral, sin importar que tan vieja sea la cesantía no consignada, es decir, que mientras subsista la relación laboral no opera el fenómeno de la prescripción para hacer efectivo el reclamo de la sanción del no pago de las cesantías de los años 1992 al 2000, a esta conclusión ha llegado en reiteradas ocasiones la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en sentencia 9 de mayo del 2013.

Consecuencia de lo inmediatamente expuesto hay que subrayar que el docente PRENOMBRADO mantiene el vínculo laboral con la Administración Municipal teniendo en cuenta que mi poderdante fue nombrado en forma provisional mediante

el decreto con la administración Municipal de Corozal - Sucre a través del Decreto 047 de 1999 y el 138 del 2001, lo que es preciso aclarar que con fundamento a la Ley 715 de 2001 (Ley Fiscal) pasaron a ser manejados por el Departamento de Sucre a partir del 1 de enero del 2002, siendo éste vínculo estrictamente fiscal, dado que el Municipio de Corozal – Sucre no fue certificado de acuerdo a los parámetros de la citada ley 715 de 2001.

El Municipio debe al demandante las cesantías causadas durante el año de su vinculación desde 1999 al 2002, los intereses de cesantías y la sanción moratoria por el no pago de las cesantías, conceptos que se liquidan con base en el sueldo mensual que devengaba el trabajador demandante

Como **NORMAS VIOLADAS**, señaló la parte actora los artículos 25, 53, 58 y 315 numeral 1, de la Constitución Política; Ley 50 de 1990, art. 99, Decreto 1582 de 1998, artículo 1°

En el **CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**, se esgrimió que el acto que da lugar a la demanda está viciado de nulidad por infringir las normas señaladas, argumentando que:

“Conforme se advierte con claridad de la lectura de las normas antes transcritas el Municipio de Corozal ha incumplido con la obligación de consignar anualmente a 31 de diciembre, las cesantías del demandante desde la fecha de su vinculación de cada uno de ellos hasta las casadas a 31 diciembre 2000, como lo establece el art. 99 de la Ley 50 de 1990, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998.

Como consecuencia de lo anterior incumplimiento, el ente demandado se hace acreedor a la siguiente sanción:

A) Por la no consignación de las cesantías en el fondo correspondiente de conformidad a lo dispuesto en el art. 99 numeral 3 de la ley 50 de 1990, el ente demandado deba pagar a cada uno de los actores, un día de salario por cada día de retardo, conforme liquidación anexada en la demanda. Al negar la administración el reconocimiento de las cesantías debidas desde la fecha de su vinculación del demandante, desconoce derechos cierto e irrenunciables de los trabajadores y claros principios constitucionales como el de derechos ciertos e indiscutibles en conexión con el derecho al trabajo (art 25 de CP, toda vez que este derecho fundamental goza de la especial protección del Estado, el art 53 de la Constitución, que establece un mínimo

de derechos laborales de los trabajadores, reconocido entre ellos la irrenunciabilidad de los beneficios laborales adquiridos y la aplicación de las normas favorables” (sic).

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA².

El Municipio de Corozal en tiempo concurre a contestar la demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones y solicitando sea absuelto de las mismas. En pro de su defensa, citando sentencia del H. Consejo de Estado, expresa si bien al señor JOSE PEREZ no se le han cancelado las cesantías de los años 2000 a 31 de diciembre de 2001, también lo es que solo hasta el 14 de enero de 2014, solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías de dichos periodos, denotando sin mayor esfuerzo que ha operado el fenómeno de la prescripción trienal, razón por lo cual es improcedente el reconocimiento pretendido. Formuló como excepción, la prescripción del derecho reclamado, bajo los mismos argumentos.

1.3 LA PROVIDENCIA IMPUGNADA³.

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo en sentencia del 25 de enero de 2017, declaró probada parcialmente la excepción inepta demanda frente a la pretensión de cesantías e intereses de las cesantías y negó las súplicas de la demanda relativas al pago de sanción moratoria por haber operado el fenómeno de la prescripción.

Para el efecto, señaló que la actora únicamente reclamó el pago de la sanción moratoria por el reconocimiento tardío de las cesantías ante la Administración Municipal de Corozal, sin hacer referencia alguna a las cesantías e intereses de la misma, razón por la cual, el estudio solo se centra en el pago de la sanción moratoria traída por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Previo recuento del sistema normativo que regula las cesantías, manifestó que los docentes tienen un régimen de cesantías regido por la Ley 91 de 1989 en el artículo 15 numeral 3º, según el cual existen dos regímenes de liquidación, dependiendo la fecha de vinculación del docente al servicio público educativo, así: los docentes nacionalizados vinculados antes de 1989 tienen régimen de retroactividad y los docentes nacionales y vinculados a partir del 1 de enero de 1990 se les aplica un régimen anualizado sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

² Fol. 56-59 Cuaderno de Primera instancia

³ Fols. 200-224 Cuaderno de Primera instancia

Frente a la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 por consignación tardía de las cesantías, manifestó que la misma le era aplicable a los servidores públicos de acuerdo en la Ley 50 de 1990, como también, por el no pago oportuno de las cesantías parciales o definitivas reguladas en la Ley 1071 de 2006.

Afirmó el a quo, que el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 regula de forma expresa la forma de liquidación anual de cesantías, como también la sanción a la que se hace acreedor el empleador que no consigne los valores generados por dicho concepto dentro del plazo previsto en dicha norma, la cual equivale a un día de salario por cada día de retardo hasta el momento que se haga la consignación de las cesantías del periodo reclamado.

Manifestó que del estudio del expediente y citando sentencia de unificación de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado sobre la prescripción de la sanción moratoria, dijo que la sanción moratoria correspondiente a los periodos 2001 y 2002, se encontraban afectados por prescripción trienal, no siendo posible considerar que mientras esté vigente el vínculo laboral no haya lugar a esta. Concluyó que el actor solo reclamó el pago de la sanción moratoria el 14 de enero de 2014, dejando transcurrir un lapso de 7 años desde su causación, por lo cual operó la prescripción sobre el derecho a reclamarlas, prosperando en consecuencia la excepción propuesta.

1.4. EL RECURSO DE APELACIÓN⁴

La parte actora inconforme con la sentencia de primera instancia formuló recurso de apelación solicitando su revocatoria y que se acceda a las pretensiones de la demanda. Los reparos del recurso son los siguientes:

"(SIC)...En el presente caso señores honorables magistrados hay que subrayar que mi cliente sigue vinculado como docente, desde que fue nombrado desde el año de 1999, solo que el año 2003 por cuestiones de certificación a materia de Educación, el departamento de Sucre asumió el manejo de la planta de docentes del Municipio de Corozal - Sucre., de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 715 de 2001.

2. En esta medida está plenamente demostrado que el Municipio de Corozal, hasta la fecha no ha consignado la cesantías parciales de mi cliente correspondientes de los años 1999, 2000, 2001 y 2002 y mucho menos a cancelado la sanción moratoria por el no pago y/o consignación

⁴ Folios 227 a 232 del cuaderno de primera instancia.

de las Cesantías parciales, que para este caso la ley aplicable para este último efecto es la ley 244 de 1995, como se explicará más adelante.

3.En este orden de ideas tenemos que lo anterior lo corrobora la Alcaldía Municipal de Corozal, cuando mediante oficio de fecha 7 de febrero de 2014, suscrito por el alcalde de la época manifestó que no fue ni ha sido posible acceder a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías parciales v la sanción moratoria, reclamadas por mi cliente, por imposibilidad presupuestal y fiscal y además reconocen por certificación de la Secretaría General Administrativa y de Gobierno que no se ha realizado el reconocimiento ni pago de la cesantías a mi cliente. (Ver folio 12).

4.En este orden de ideas y dando aplicación al artículo 167 del C.G.P., relativo a que las negaciones indefinidas no requieren prueba y partiendo del principio constitucional de buena fe en lo afirmado por mi cliente y que el mismo Municipio de Corozal, afirma que le adeuda las cesantías de los años 1999, 2000, 2001, 2002. Sobre este punto igualmente hay que subrayar que ya la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que las cesantías no prescriben hasta tanto no se dé por terminada la vinculación laboral y partiendo de la base que la relación legal y reglamentaria de mi cliente como docente, aún persiste y por ende lo que se dio fue una sustitución patronal, pasando de la planta docente que en su momento tenía a cargo la Alcaldía de Corozal - Sucre y luego a estar a cargo del Departamento de Sucre, en virtud de la Ley 715 de 2001, que certifica al ente departamental para la prestación del servicio en educación.

Se precisa que el derecho a las cesantías solicitadas se encuentra vigente y como quiera que el Municipio accionado no realizó el giro de los recursos al Fondo del Magisterio, para que fuera éste quien tuviera a su cargo el reconocimiento y pago de dicha prestación, la obligación a cargo del demandado se encuentra pendiente y por ende no es admisible declararla prescrita, e igualmente no podemos compartir que se torna la pretensión del reconocimiento y pago de la cesantías inepta, pues, estaríamos en una interpretación por fuera de los causes del derecho y la jurisprudencia del r alto Tribunal del Contencioso Administrativo, y en especial del citado artículo 167 de C.G.P.

En esta perspectiva dentro del presente caso, hay que hacer una hermenéutica bajo los principios establecidos en el art. 53 de la C.P. y en aras de la prevalencia del derecho sustancial y las garantías constitucionales consagrada en los principios y valores de la parte dogmática de la misma, que determinan un estado Social de derecho, que el régimen aplicable a los docentes, es el anualizado de cesantías previsto en la Ley 91 de 1989 y regulado por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

6. Sobre el particular, hay que subrayar dentro de una interpretación sistemática y teleológica, que la Ley 812 de 2003, es el régimen aplicable a los docentes (Derogada por el art. 276, Ley 1450 de 2011, salvo los arts. 20, 59, 61, 64, 65, 81 y 121...

Teniendo en cuenta que mi cliente, fue nombrado por el Municipio de Corozal, Sucre, mediante el Decreto No. 047 de 1998 y 138 de 2001, y nunca se le han girado las cesantías correspondientes a los año 1999, 2000, 2001 y 2002 a la Fiduciaria la Previsora S.A., como

encargada de manejar los recursos del Fondo de los docentes, lo cual está plenamente demostrado y probado dentro de este proceso.

8. En esta medida teniendo en cuenta que mi cliente a partir del año 1999, fue nombrado en el cargo de profesor en el Municipio de Corozal - Sucre, se tiene que el régimen prestacional aplicable a éste es el previsto en la Ley 91 de 1989; normativa que en su artículo 15...

10. En esa medida se establece el régimen retroactivo y el régimen anualizado de cesantías, partiendo de la fecha de vinculación a la docencia oficial, que para el caso del régimen anualizado será aplicado para el personal que se vincule a partir del 1o de enero de 1990, como es el caso de mi cliente, quien aparece vinculado como docente a cargo del municipio de Corozal- Sucre a partir del año 1998, como se dijo antes.

11. No obstante que en la presente acción se señala en el concepto de violación de la demanda lo relativo a la vulneración de las disposiciones contenidas en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y del Decreto reglamentario 1582 de 1998, artículo 1o; debe precisarse que la misma no le es aplicable al presente asunto, por ello en este sentido se debe ordenar al Municipio de Corozal el reconocimiento y pago de la cesantías correspondientes a los años 1999, 2000, 2001 y 2002, con sus intereses, e indexadas, con fundamento en la Ley 91 de 1989 y ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 de 2006, pues se subraya de nuevo que tanto la cesantías de los citados años de 1999, 2000, 2001 y 2002 fueron solicitadas su pago con sus intereses y respectivamente indexadas, e igualmente la sanción moratoria, subrayando de nuevo que se trata de una liquidación parcial de cesantías, y por ello le es aplicable la sanción moratoria establecidas en ley 244 de 1995..

12. En ese orden, hay que reiterar igualmente que en este caso en concreto no puede operar el fenómeno de la prescripción, para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, bajo el entendido que mi cliente continua vinculado como docente desde el momento que se produjo su nombramiento mediante Decreto No. 047 de 1998, y de esta manera tenemos que interpretar que la norma aplicable en este caso es la ley 244 de 1995, ya que estamos en la solicitud de una liquidación parcial de cesantías, que no han sido consignadas a mi cliente, pues, son de cuatro años. (1999, 2000, 2001 y 2002).

13. Este Régimen anualizado que por guardar silencio el Municipio de Corozal - Sucre, en cuanto al trámite y términos para la liquidación parcial o definitiva de las cesantías, se acude a la normativa general para todos los empleados públicos que se encuentra regulada a través de la Ley 244 de 1995, (posteriormente modificada por la Ley 1071 de 2006), .contemplando los términos de solicitud y pago oportuno, así como la sanción por incurrir en mora en el pago de las cesantías parciales y definitivas de los trabajadores y servidores del Estado, y por ello no podemos estar frente al fenómeno jurídico de la prescripción de la sanción moratoria reclamada en el presente caso, ya que en primera medida mi cliente sigue vinculado como docente, y aquí estamos es frente a una liquidación parcial de cesantía solicitada por el profesor sin que hasta la fecha se le haya liquidado y cancelado dentro de los términos consagrados en la ley 244 de 1995, que es una ley que se aplica a todos los servidores públicos.

14. *Sobre la aplicabilidad de la mentada disposición al sector docente, se trae a colación pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Sucre, que en sentencia No. 147 de '18 de septiembre de 2014, manifestó:*

De las anteriores referencias, no quedan dudas al interprete que la ' finalidad del legislador no fue otra que incluir dentro de la regulación de lo que posteriormente sería la Ley 1071 de 2006, a TODOS los servidores públicos, considerando de forma expresa en sus debates a los del sector educativo. Así, la interpretación histórica de la norma, claramente nos indica que se aplica a los docentes. Por su parte, la misma norma en su tenor literal, igualmente nos lleva a interpretar que se aplica a todos los funcionarios al servicio del Estado, tal como se infiere del texto mismo de los artículos 1, 2 y parágrafo del 5, que se redactan de forma genérica, y por ende, predicable los trabajadores y empleados estatales en términos universales. 'A igual resultado nos conduce, el interpretar la integridad de la ley 1071 de 2006, a la luz del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, estudiado en el acápite anterior, al momento que esta norma remite a las normas generales de los empleados públicos del orden nacional (Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978) por lo que en este punto es claro que los docentes no poseen un régimen especial, y se rigen por las normas generales sobre el tema. Adicionalmente, en caso de que la interpretación nos genere duda sobre su aplicabilidad al sector docente, la misma se nos despejará al momento en que acudimos al principio universal del derecho laboral del in dubio pro operario, de consagración constitucional (artículo 53 de la C.P.) y el derecho a la igualdad (artículo 13 de la misma obra) por lo que la interpretación conformen la constitución, igualmente nos enfoca en la aplicabilidad de la norma al sector docente."...(Criterio reiterado en sentencia No. 037 de 31 de marzo de 2016, en proceso radicado No. 2014-00120-01 -)(Sala Primera de Decisión Oral, con ponencia del Magistrado Dr. Luis Carlos Álzate Ríos, radicado No. 2012- 00147)..

Así las cosas, se concluye que la normatividad atinente al pago de sanción moratoria sobre las de cesantías pretendidas en este caso es bien claro y vuelvo y repito y en aras de la justicia sustancial, no es la contenida en la Ley 50 de 1990 como se señaló en la demanda; sino el estipulado en la ley 1071 de 2006, modificatoria de la Ley 244/95, para la liquidación de cesantías definitivas o parciales.

Por todo lo anterior no queda duda que la Ley 1071 de 2006, modificatoria de la Ley 244 de 1995, dejó previsto los mismos términos para pago, ya sea que se trate de cesantías parciales o definitivas, donde el pago tardío de la ' mencionada prestación daba lugar a una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último, con el incumplimiento en el término para su pago, como lo consigna la mencionada ley. Partiendo de lo anterior, se señala que el espíritu de la comentada disposición es proteger el derecho de los servidores públicos a percibir oportunamente la liquidación de sus cesantías ya sean definitivas o parciales. En tal sentido, estableció el procedimiento para su reconocimiento y pago, consagrando, entre otros asuntos, una sanción a cargo de la Administración y a favor del

trabajador, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, en caso de constituirse retardo en el pago definitivo o parcial de la referida prestación.

1 8. En esta medida queda más que demostrado con las pruebas que reposan en el expediente y los fundamentos legales y constitucionales expuestos que mi cliente le asiste el derecho a que se le reconozca y pague la cesantías correspondientes a los años de 1999, 2000, 2001 y 2002, e igualmente a la sanción Moratoria, bajo los términos que es una liquidación parcial y por ello le es aplicable la ley 244 de 1995, por ello, solicito que se revoque la sentencia de primera instancia"... (Sic)

1.5. TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

En auto del 17 de abril de 2017 se admite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y por auto del 16 de mayo de 2017 se ordena correr traslado para presentación de alegatos y concepto del Ministerio Público, etapa procesal en la cual solo la parte actora – recurrente se pronuncia⁵ reiterando los argumentos expresados en el memorial contentivo del recurso de apelación.

El Ministerio Público en esta oportunidad no emitió concepto⁶.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1 LA COMPETENCIA.

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011. No se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

2.2 CUESTION PREVIA. DELIMITACIÓN DE LA ALZADA.

El demandante en su condición de docente del Municipio de Corozal solicitó el 14 de enero de 2014 el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías correspondientes a los años 2000 a 31 de diciembre de 2002 con fundamento en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que estableció el régimen de liquidación anual de cesantías y la obligación de consignar las mismas a un fondo de cesantías a más el 15 de febrero de la anualidad siguiente⁷.

⁵ Folios 13-18 cuaderno de segunda instancia.

⁶ Nota Secretarial folio 19 cuaderno de segunda instancia.

⁷ Ver derecho de petición a folios 10-11 del cuaderno de primera instancia.

La entidad territorial a través del acto administrativo contenido en el Oficio de fecha 6 de febrero de 2014, niega la solicitud de sanción moratoria, aduciendo razones fundamentalmente de índole presupuestal y financiero que le han imposibilitado cumplir dentro de los términos establecidos en la Ley 344 de 1996 en concordancia con la Ley 50 de 1990, agregando que el municipio no ha actuado de mala fe⁸.

El docente en sede judicial solicita la nulidad del acto anterior, pretendiendo a título de restablecimiento del derecho el pago de las cesantías e intereses de las cesantías y la sanción moratoria regulada por la Ley 50 de 1990, correspondiente a los años 2000 a 31 de diciembre de 2002, a lo cual, la entidad territorial en el curso del proceso judicial se opone señalando que ha operado la prescripción del derecho.

La juez de primera instancia al entrar a la resolución de la Litis, determinó que sobre las pretensiones de pago de cesantías e intereses de cesantías no se había formulado reclamación en sede administrativa y por tanto, sobre ello no se podía hacer reclamo en sede judicial, declarando la excepción de inepta demanda sobre dichas peticiones.

A renglón seguido, el A quo aborda el estudio del derecho a la sanción moratoria deprecada, señalando cual era el régimen cesantías aplicable al actor en su condición de docentes, indicando correspondía el régimen anualizado de conformidad con lo regulado por la Ley 91 de 1989 y teniendo en cuenta su fecha de vinculación al servicio educativo. Asimismo, consideró que por su condición de servidor público le era aplicable la sanción moratoria traída por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pero que en este caso, la misma se encontraba afectada por la prescripción trienal dado que lo reclamado correspondía a los años 2000 a 2002 y solo hasta el año 2014 fue que se realizó la solicitud de pago.

La parte actora como se transliteró, formula recurso de apelación argumentando que si le asiste derecho a la sanción moratoria reclamada, afirmando en primer lugar que el derecho a las cesantías no prescribe y partiendo de la fecha de vinculación a la docencia oficial, que para el caso del régimen anualizado será aplicado para el personal que se vincule a partir del 1o de enero de 1990, como es el caso de mi cliente, quien aparece vinculado como docente a cargo del municipio de Corozal-Sucre a partir del año 1998; agregando, que no obstante que en la presente acción se señala en el concepto de violación de la demanda lo relativo a la vulneración de

⁸ Folio 12.

las disposiciones contenidas en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y del Decreto reglamentario 1582 de 1998, artículo 10; debe precisarse que la misma no le es aplicable al presente asunto, por ello en este sentido se debe ordenar al Municipio de Corozal el reconocimiento y pago de la cesantías correspondientes a los años 1999, 2000, 2001 y 2002, con sus intereses, e indexadas, con fundamento en la Ley 91 de 1989 y ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 de 2006, pues se subraya de nuevo que tanto la cesantías de los citados años de 1999, 2000, 2001 y 2002 fueron solicitadas su pago con sus intereses y respectivamente indexadas, e igualmente la sanción moratoria, subrayando de nuevo que se trata de una liquidación parcial de cesantías, y por ello le es aplicable la sanción moratoria establecidas en ley 244 de 1995.

Dijo igualmente, que no puede operar el fenómeno de la prescripción, para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, bajo el entendido que el actor continua vinculado como docente desde el momento que se produjo su nombramiento mediante Decreto No. 047 de 1998, y de esta manera tenemos que interpretar que la norma aplicable en este caso es la ley 244 de 1995, ya que estamos en la solicitud de una liquidación parcial de cesantías, que no han sido consignadas a mi cliente, pues, son de cuatro años. (1999, 2000, 2001 y 2002).

Delimitado lo anterior, debe precisar esta Sala que el estudio de reparos formulados contra la sentencia de primera instancia solo será referido a los cargos de nulidad y concepto de violación esgrimida en la demanda inicial, pues el recurso de apelación no puede ser tomado para agregar cargos e introducir hechos nuevos al proceso, dado que ello atenta contra el principio de preclusión y la garantía del debido proceso y derecho de defensa de la entidad demanda, como quiera que sobre los puntos nuevos que se arriman en la segunda instancia, no tuvo oportunidad de hacer pronunciamiento alguno en su defensa.

En este caso, se aprecia que la misma parte demandante en su recurso de apelación, reconoce que esgrime no solo un nuevo concepto de violación sino un cargo nuevo de nulidad contra el acto administrativo demandado lo cual de suyo implica la modificación de la pretensión inicialmente formulada, por cuanto, en la demanda y en sede administrativa reclamo el pago de la sanción moratoria regulada por la Ley 50 de 1990 y en el memoria impugnatorio trae como argumento de nulidad, la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 206, que regula el pago de cesantías definitivas y cesantías parciales y la sanción moratoria que esta contempla, las cuales tienen

fundamentos diferentes en su causación y por tanto, no solo conllevan un cargo de nulidad inoportuno, no esgrimido ni estudiado en la primera instancia, sino una modificación del petitum de la demanda, vulnerando la congruencia y el principio de justicia rogada, debidamente entendido.

Al respecto, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo:

“La justicia administrativa es una justicia rogada lo que implica que el concepto de la violación constituye el parámetro dentro del cual debe realizarse el análisis por parte del juzgador. Así lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación en múltiples fallos: “La jurisdicción contencioso Administrativa es, por esencia, rogada, lo que significa que es el demandante en el señalamiento que hace de las normas transgredidas y en el concepto de violación que expone, quien establece el marco de juzgamiento. No le es permitido al fallador confrontar el acto acusado con disposiciones no invocadas en el libelo, ni atender conceptos de violación diferentes a los en él contenidos, vale decir, que al sentenciador solo le es dable analizar el citado acto a la luz de las normas que se señale como infringidas y por las razones planteadas en la demanda”. (Cfr. Consejo de Estado. Sección Segunda. C.P. Dr. Álvaro Lecompte Luna. Radicación 4845. Agosto 13 de 1993)”.

Por consiguiente, la Sala solo se referirá a los argumentos de la apelación que guarden relación directa con los cargos de nulidad formulados en la demanda, puesto que se itera, el trámite de la segunda instancia no puede ser utilizado para incluir hechos ni cargos que no fueron presentados y debatidos en el curso de la primera instancia y sobre los cuales no se dio oportunidad de rebatir a la parte demandada; proceder en contrario, implicaría una evidente violación a las garantías sustanciales del derecho al debido proceso⁹, lo cual de suyo, conlleva sin mayores hesitaciones, juzgar al acto administrativo frente a una causa de nulidad sobre el

⁹Al respecto, CONSEJO DE ESTADO, Sección V, sentencia del 10 de abril de 2014, Radicación número: 08001-23-31-000-2011-01474-01. CP. Susana Buitrago. “... el juez de la segunda instancia está sujeto, al decidir la apelación, a los planteamientos expuestos en el recurso de alzada sin que esté facultado para pronunciarse sobre aspectos o puntos de la sentencia de primera instancia que no fueron objeto de impugnación. Igualmente ha reiterado que no puede abordar materias o cuestiones que se plantean en la apelación, pero no hacen parte del concepto de violación del libelo, ni la sentencia estudió. La lealtad procesal y la congruencia que debe existir entre el recurso, la sentencia censurada y el concepto de violación de la demanda imponen que al apelante le esté vedado exponer en el recurso hechos, cargos y elevar pretensiones nuevas que no alegó en la demanda. Si lo hiciera, el ad-quem no puede abordar el estudio de estos nuevos reproches pues es su deber salvaguardar los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa de la contraparte en el proceso”. Igualmente, CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 7 de octubre de 2009. Expediente 18509. C.P Dra. Ruth Stella Correa Palacio. “...O lo que es igual, la demanda demarca el debate judicial y –por contera- el juez no está facultado para estudiar preceptos diferentes de aquellos que se adujeron en la demanda, de no ser así, ha dicho la jurisprudencia “se violaría el derecho constitucional de defensa y contradicción que ampara a todo demandado, al resolver el conflicto con base en un punto de derecho que no fue invocado ni debatido.”

cual no tuvo oportunidad de pronunciarse la entidad productora de la decisión administrativa enjuiciada¹⁰.

Dicho sea de paso, la valoración y asimilación de los postulados de congruencia, consonancia y justicia rogada, se mantienen incólumes en la nueva normativa contenciosa administrativa dispuesta por la Ley 1437 de 2011, en donde los artículos 162 y 163, reiteran lo relacionado precedentemente.

Así las cosas, el estudio de la apelación se centrara en el derecho que le asiste a la actora al reconocimiento de la sanción moratoria regulada por la Ley 50 de 1990 por el no pago de las cesantías correspondientes a los años 2000 a 2002, como fue pedido en sede administrativa y sede judicial, así como la prescripción de la misma.

De otra parte, la Sala no abordará el derecho al pago del auxilio de cesantías e intereses solicitados en la demanda, como quiera que frente a ellos no existió petición previa a la entidad, como claramente lo expuso la Juez de Primera Instancia y que se puede constatar con la lectura de la documental (petición) obrante a folios 10 y 11 del cuaderno de primera instancia y que da lugar a la decisión administrativa del municipio de Corozal que se trae a control judicial.

2.3. PROBLEMA JURIDICO.

Deberá el Tribunal establecer, si el señor JOSE BLAS PEREZ CÁRDENAS, en su condición de docente, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria regulada por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 ante la falta de consignación y pago de las cesantías correspondientes al periodo 2000 a 31 de diciembre de 2003 por parte del municipio de Corozal.

2.3.1. TESIS DE LA SALA.

Para la Sala, al actor no le asiste derecho al derecho pretendido, pero no por encontrarse prescrita la reclamación de la sanción moratoria, sino porque el régimen de liquidación de cesantías aplicable a los docentes no contempla el pago de sanción moratoria por no consignación de cesantías, siendo inaplicables, las reglas de la Ley 50 de 1990 a los docentes.

¹⁰ Si en gracia de discusión la Sala abordara el estudio de la sanción traída por la Ley 1071 de 2006, la resultas serian negativas, puesto que la petición formulada en sede administrativa no se puede tener como una petición de pago parcial de cesantías, razón por la cual, se daría lugar a la ausencia de petición previa a la Administración.

Lo expuesto con los siguientes argumentos:

REGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES. REGIMEN ESPECIAL DE CESANTÍAS DOCENTES OFICIALES. NO APLICACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA POR FALTA DE CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS TRAI DO POR LA LEY 50 DE 1990.

El auxilio de cesantías, desde su consagración como derecho prestacional de los empleados, sin considerar si son públicos o de sector privado, fue concebida bajo la idea que el trabajador cesante, esto es, quien ha dejado de laborar cualquiera sea la causa¹¹, tenga como solventar sus necesidades básicas, hoy diríamos mínimo vital, en caso de desempleo. Esto es, no es un seguro de desempleo, pero si fue considerada como un remplazo o ahorro diferido del salario para efectos de la cesación de trabajo, mientras logra reingresar a la fuerza laboral¹². Por tal razón, se ha considerado que la exigibilidad del derecho viene dada por la desvinculación laboral del empleado, esto es, por la terminación de la relación empleaticia.

Sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se tiene que el artículo 4º de la Ley 91 de 1989 creo el precitado fondo como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, y cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.

Así mismo, se estableció que en dicha cuenta se debían afiliar a los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados al servicio educativo al momento de promulgación de dicha norma, así como a los que se vinculen con posterioridad a ella.

¹¹ Excepto en los casos excepcionales de pérdida del derecho.

¹² El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 18 de enero de 1951, con ponencia del Consejero Baudilio Galán Rodríguez, actor: Julio C. Gaita; demandado: Caja Nacional de Previsión Social, señaló: *"El objeto primordial de esa prestación era la de que el empleado u obrero pudieran atender a su subsistencia, al menos momentáneamente, mientras conseguía nueva ocupación. De ahí su nombre inicial auxilio de cesantía, que aún perdura, a través del completo cambio de legislación, y que resulta impropio y anacrónico, como se demostrará más adelante, en el curso de esta providencia. Fue la Ley 6ª de 1945, siguiendo el derrotero que ya había trazado el Decreto legislativo 2350 de 1944, la que estableció el derecho de cesantía, impropriamente llamado auxilio para los trabajadores oficiales, ya en forma general y constante. Como fácilmente puede comprenderse, estas disposiciones cambiaron sustancialmente la índole de la cesantía. Ya no se trataba del auxilio, gracia o indemnización que se consagraba para el personal trabajador de buena conducta como una defensa contra el despido injusto y como una sanción contra el patrono, sino como un derecho generador de un bien patrimonial, que se consolidaba en cabeza del trabajador por un lapso trienal de servicio, exigible a la terminación del contrato, cualquiera que fuere la causa de esa terminación, así el retiro voluntario, como la mala conducta, la enfermedad, etc."*

De igual manera, en dicha norma se estableció qué prestaciones económicas y sociales de los docentes se encontraban a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, siendo que en lo que respecta al auxilio de cesantías, el numeral 3° del artículo 15 *ejusdem* estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 15°.- 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:

(...) (...)

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, acumulados 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.

Como se advierte, la Ley 91 de 1989 establece que los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 recibirían un auxilio de cesantía consistente en un mes de salario por cada año de servicio sobre el último salario devengado, es decir, que tales docentes conservan el régimen retroactivo, mientras que a los docentes del orden nacional y a los vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1990, se les liquida el auxilio de cesantía anualmente sin retroactividad, a la vez que se les cancela un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial

promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad¹³.

En ese orden, de conformidad con el numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por medio del cual se estableció el régimen de liquidación del auxilio de cesantías de los docentes oficiales, se determinó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el único habilitado para la liquidación y pago del auxilio de cesantías, lo cual excluye a este sector del régimen de liquidación de cesantías previstas en normas generales, tales como la Ley 50 de 1990.

En este punto, a criterio de la Sala, la Ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial en lo que respecta al reconocimiento y pago del auxilio de cesantías de los docentes con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin distinción alguna, aun en el evento de ausencia de afiliación a dicho Fondo por parte de los empleadores públicos, como más adelante se detalla.

El artículo 6° de la Ley 60 de 1993, dispuso:

"Artículo 6°.- Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales

Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute.

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 cualquier 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

¹³ En sentencia del 22 de junio de 2000, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicación número: 2630-99.C. P. Ana Margarita Olaya Forero, señaló que:

"El régimen prestacional y salarial aplicable al personal docente es el contemplado en La Ley 91 de 1989, antes y con posterioridad a la expedición de la ley 60 de 1993; esta última mantuvo las previsiones contempladas en la Ley 91 de 1989 para todos los docentes que se incorporen sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones a las plantas departamentales y distritales".

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 deban 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.

El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992.

Las funciones de dirección del sistema de salud, se realizarán a través de las direcciones locales, distritales y seccionales según las competencias definidas en la presente ley. Las entidades prestadoras de servicios de salud, estarán dotadas de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, en concordancia con el parágrafo 1o. del artículo 19 de la Ley 10 de 1990, y se les aplicará el régimen de personal previsto en el artículo 26 de dicha ley. En virtud de las autorizaciones de la Ley 4a. de 1992 el CONPES social establecerá los reajustes salariales máximos que podrán decretar o convenir las entidades territoriales. Igualmente establecerá los parámetros de eficiencia técnica y administrativa que podrán considerarse para la expansión de las plantas de personal y los sistemas de control de gestión por parte de las entidades territoriales, sin perjuicio de su autonomía que al respecto consagra la Constitución Política. El Gobierno Nacional establecerá un programa de estímulos a la eficiencia técnica y administrativa de los sectores de salud y educación y se abstendrá de participar en programas de cofinanciación cuando las entidades territoriales de que trata la presente ley, no demuestren eficiencia o no efectúen la expansión racional de sus plantas de personal.

Parágrafo 1º.- INEXEQUIBLE. Los docentes temporales vinculados por contrato a los servicios educativos estatales antes del 30 de junio de 1993 que llenen los requisitos de la carrera docente, serán incorporados a las plantas de personal de los departamentos o de los distritos en donde vienen prestando sus servicios, previo estudio de necesidades y ampliación de la planta de personal. La vinculación de los docentes temporales será gradual, pero deberá efectuarse de conformidad con un plan de incorporación que será proporcional al incremento anual del situado fiscal y con recursos propios de las entidades territoriales y en un término no mayor a los seis años contados a partir de la publicación de la presente Ley. **Corte Constitucional Sentencia C-555 de 1994.**

Parágrafo 2º.- La Nación, por intermedio del Ministerio de Educación Nacional, establecerá y llevará el registro único nacional de todos los docentes vinculados a los servicios educativos estatales. Este registro se organizará con el fin de tener un sistema integrado de información que, entre otros, permita gestionar los traslados de docentes entre entidades territoriales, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2127 de 1992. El Gobierno Nacional reglamentará lo dispuesto en este parágrafo” (negritas fuera del texto)

El Decreto 195 de 1996, por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 6º de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones, en sus artículos 3, 4, 5 6 y 7, disponen:

Artículo 3º.- Docentes nacionales y nacionalizados. Los docentes nacionales y nacionalizados a que se refiere el artículo 6o. de la Ley 60 de 1993 que se incorporen a las plantas departamentales o distritales, seguirán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los términos de la Ley 91 de

1989 y los Decretos Reglamentarios 1775 y 2563 de 1990, 2129 de 1991 y las disposiciones que los modifiquen o sustituyan.

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

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

Parágrafo.- Una vez se venzan los términos de los convenios de plazas financiadas cofinanciadas, los derechos salariales y prestacionales se pagaran con cargo al situado fiscal.

Artículo 5º.- *Docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios.* Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renuncias o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.

Los docentes que se vinculen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con posterioridad a la incorporación de que trata el inciso inmediatamente anterior, deberán cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica y se afiliarán con sujeción al régimen establecido en la Ley 91 de 1989, en sus decretos reglamentarios y en las disposiciones que los modifiquen adicionen o sustituyan.

Artículo 6º.- *Docentes de establecimientos públicos oficiales.* Los docentes de los establecimientos públicos oficiales podrán afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el régimen establecido en la Ley 91 de 1989 y sus Decretos reglamentarios 1775 y 2563 de 1990, 2129 de 1991 y las disposiciones que los modifiquen, adicionen o sustituyan, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV del presente Decreto.

Cuando al momento de su afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el docente del establecimiento público oficial se encuentre afiliado a otro fondo o entidad encargada de cancelar sus prestaciones sociales, será eximido del cumplimiento de los requisitos económicos de afiliación y se sujetara únicamente a los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa.

Responsabilidad sobre el pago de las prestaciones sociales de los docentes departamentales, distritales municipales y de establecimientos públicos oficiales

Artículo 7º.- Prestaciones causadas. El pago de las prestaciones sociales de los docentes departamentales, distritales y municipales vinculados con recursos propios de las entidades territoriales que, en los términos de definición contenida en el artículo 2 del presente Decreto se hayan causado antes de su incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones, son de responsabilidad directa de las entidades territoriales o de las cajas de previsión o entidades que hagan sus veces, en donde se hayan efectuado los correspondientes aportes.

El pago de las prestaciones sociales de los docentes de establecimientos públicos oficiales que se hayan causado antes de su afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones, son de responsabilidad del establecimiento público respectivo de la caja de previsión o de la entidad que hiciera sus veces, en donde se hayan efectuado los correspondientes aportes. (Negrillas fuera del texto)

Por su parte, el Decreto 3752 de 2003¹⁴, reglamentó los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 con relación al proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previéndose lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

¹⁴ Ver igualmente el Decreto 196 de 1995.

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

Las normas transcritas informan que sólo a partir de la afiliación o vinculación al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, es que el mismo está llamado a responder por el valor de las prestaciones sociales que se causen.

Sin embargo, es menester precisar por los efectos que produce la vinculación del docente territorial al Fondo, así como la suscripción de acuerdos o convenios administrativos para el pago del pasivo prestacional y el cálculo actuarial, las prestaciones sociales del docente, tal como lo establecen los Decretos 195 de 1995 y 3752 de 2003, son de cargo de la entidad territorial respectiva, pero como las sumas que como deuda resulten del estudio actuarial que debe adelantarse por motivo de la incorporación, son trasladadas inmediatamente por las entidades territoriales, las cajas de previsión o las entidades que hagan sus veces, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los entes territoriales si bien asumen la obligación de cubrir el valor de las causadas con anterioridad a la incorporación de uno de éstos servidores públicos al Fondo, la responsabilidad en el reconocimiento y pago es responsabilidad del FNPSM, en virtud no sólo de la vinculación sino de los convenios y acuerdos de pago que se suscriben para cubrir el cálculo actuarial de los docentes territoriales que sean afiliados¹⁵.

De lo anterior resulta claro que, sea que se esté ante el régimen retroactivo de cesantías aplicable a los docentes nacionalizados (y algunos territoriales) o ante el régimen de liquidación anual aplicable para los docentes nacionales y para los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, siempre será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la entidad encargada de la liquidación y pago del auxilio de cesantía.

Por tal motivo, los docentes afiliados al citado fondo se encuentran exceptuados del régimen fijado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable al sector público en virtud de la Ley 344 de 1996, norma esta que le impone al empleador la obligación

¹⁵ El artículo 4 del Decreto 196 de 1995, señala: "... (...) 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"

de liquidar definitivamente dicha prestación al 31 de diciembre de cada anualidad, sin perjuicio de la que deba realizarse en fecha anterior por terminación de la relación laboral, de reconocer los intereses legales a que haya lugar, y a consignar antes del 15 de febrero de cada anualidad, en el fondo que el empleado elija, el valor del auxilio de cesantía, siendo que al empleador que incumpla dicho plazo deberá pagar un día de salario por cada día de retardo; pues, conforme se estipula en la Ley 91 de 1989, no se estableció dicha consecuencia indemnizatoria por la ausencia de afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, como tampoco por la falta de pago de los aportes al citado Fondo como hecho generador de dicha sanción.

El régimen que gobierna la liquidación de las cesantías de los docentes oficiales viene dado por lo señalado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, siendo preciso aclarar que en el evento de ausencia de afiliación al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, lo que acaece conforme los Decretos citados previamente, es que la entidad territorial será responsable por la prestación social directamente a menos que haya suscrito convenio con el Fondo, sobre los periodos de no afiliación, pero en manera alguna, ello implica la generación de la sanción traída por la Ley 50 de 1990, por cuanto, si bien en el artículo 15 de la Ley 91 de 1981 se estableció un sistema de anualidad de liquidación de cesantías, no se puede asimilar al traído por la Ley 50 de 1990, habida cuenta de las diferencias claras que existen entre el sistema especial de los docentes y el sistema de cesantías administrados por los Fondos Privados de Pensiones y Cesantías, máxime cuando el supuesto de hecho y las obligaciones de los empleadores públicos en uno y otros sistema respecto de las forma de cumplir con el derecho a las cesantías difiere sustancialmente.

En consecuencia, la falta de afiliación al FNPSM lo único que acarrea para la entidad territorial es que debe responder directamente por las cesantías y los intereses en la forma regulada por la Ley 91 de 1989 en su artículo 15, que se itera es el régimen especial de cesantías de los docentes.

Refuerza lo anterior, lo expuesto en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, que hizo extensiva la liquidación anual a los empleados públicos del orden nacional, al señalar:

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.

Norma reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, que en su artículo 1 delimitó claramente el radio de acción del nuevo sistema de liquidación de cesantías, traído por el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, así:

Artículo 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 **que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990;** y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998.

Nótese entonces, como de forma expresa en el artículo en cita, se estableció que el régimen de Ley 50 de 1990, que es el que trae consigo la sanción moratoria por falta de consignación a 15 de febrero de la anualidad siguiente, solo sería aplicable a los servidores públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, no encuadrando en dicho supuesto, los docentes, que aun siendo servidores públicos, no están afiliaos a fondos privados, sino al FNPSM y por ende excluidos de la aplicación de la citada sanción¹⁶.

En refuerzo de lo expuesto, la H. Corte Constitucional al analizar el régimen de cesantías e intereses de cesantías de los docentes, en Sentencia C-928 del ocho (8) de noviembre de 2006, Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, ha manifestado:

En Colombia los docentes gozan de un régimen prestacional especial, previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003¹⁷, mediante la cual

¹⁶ Situación diferente esta, a la regulada por la Ley 1071 de 2006 y 244 de 1995 y por tanto no asimilables vía analógica o interpretativa.

¹⁷ El artículo 81 de la Ley 812 de 2003 dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad financiera estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% de capital. Al respecto cabe precisar, desde ya, que la Ley 91 de 1989 regula no sólo las prestaciones sociales del Magisterio, como son las cesantías y las vacaciones, sino igualmente lo referente al régimen pensional y de prestación de servicios médico-asistenciales de los profesores; en otras palabras, se reagrupa en un mismo cuerpo normativo lo prestacional con el régimen de seguridad social, a diferencia de lo que sucede con los demás trabajadores en Colombia.

(...) (...)

Así las cosas, en cuanto a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, conservan su régimen retroactivo; por el contrario, a partir del 1º de enero de 1990, para los docentes del orden nacional y demás vinculados a partir de esa fecha, las cesantías se liquidan anualmente sin retroactividad, pagando el Fondo un interés anual sobre el saldo de las mismas existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

En suma, en materia prestacional los docentes cuentan con régimen especial, gestionado por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, organismo que, mediante la celebración de un contrato de fiducia, atiende las prestaciones sociales de los docentes en lo relacionado con salud, pensiones y cesantías, para lo cual efectúa el pago de las prestaciones económicas y garantiza la prestación de los servicios médico-asistenciales, amén de administrar el recaudo de los recursos destinados a tales fines. En otras palabras, y contrario a lo sostenido por el demandante, el régimen especial de los docentes en Colombia no se encamina a

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo.

El Gobierno Nacional buscará la manera más eficiente para administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para lo cual contratará estos servicios con aplicación de los principios de celeridad, transparencia, economía e igualdad, que permita seleccionar la entidad fiduciaria que ofrezca y pacte las mejores condiciones de servicio, mercado, solidez y seguridad financiera de conformidad con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989. En todo caso el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se administrará en subcuentas independientes, correspondiente a los recursos de pensiones, cesantías y salud.

El valor que correspondería al incremento en la cotización del empleador por concepto de la aplicación de este artículo, será financiado por recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que la Nación le transfiera inicialmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por un monto equivalente a la suma que resulte de la revisión del corte de cuentas previsto en la Ley 91 de 1989 y hasta por el monto de dicha deuda, sin detrimento de la obligación de la Nación por el monto de la deuda de cesantías; posteriormente, con recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que le entregará la Nación a las entidades territoriales para que puedan cumplir con su obligación patronal.

PARÁGRAFO. Autorízase al Gobierno Nacional para revisar y ajustar el corte de cuentas de que trata la Ley 91 de 1989."

discriminarlos sino a protegerlos y favorecerlos, dada la importante labor que desempeñan para la sociedad y el Estado.

(...) (...)

Ahora bien, en materia de regímenes especiales, como lo es aquel del Magisterio, que como se ha visto comprende al mismo tiempo aspectos prestacionales y de seguridad social, reiteradamente la Corte ha señalado que aquél no es, en sí mismo, violatorio del derecho a la igualdad.¹⁸

(...) (...)

Ahora bien, en el caso concreto del régimen especial de los docentes, el cual abarca tanto aspectos de seguridad social, como lo es el suministro de servicios médico-asistenciales y de pensiones, como prestacionales, tales como el régimen de cesantías y vacaciones, la Corte estima que las líneas jurisprudenciales señaladas resultan ser plenamente aplicables en el sentido de que la existencia de un régimen propio o especial para unos determinados trabajadores no resulta per se violatorio del principio de igualdad, lo cual no obsta para que se puedan plantear cargos de igualdad cuando quiera que un ciudadano considere que algún aspecto del régimen especial de los docentes, sea en temas prestaciones o de seguridad social propiamente dicha, resulte violatorio del derecho a la igualdad.

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

Así las cosas, siendo que a los docentes no le es aplicable el régimen de liquidación de cesantías traído por la Ley 50 de 1990 y extensivo al sector público en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, no hay lugar de igual forma a la aplicación de la sanción moratoria traída por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, conforme se explicó previamente.

Siendo el actor – docente oficial, vinculado con posterioridad al año de 1990, como lo demuestran las documentales obrantes a folios 13 al 25 del cuaderno de primera instancia y como lo pretendido en el presente asunto es el pago de la sanción moratoria por no consignación de las cesantías de los años 2000 a 2002, es evidente que no hay derecho al mismo, razón por la cual, se confirmará la sentencia de primera instancia, pero no por virtud de prescripción, sino por la inexistencia del derecho al pago de sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales.

¹⁸ Sentencias C-461 de 1995, C-080 de 1999, C-890 de 1999, C-956 de 2001, C-835 de 2002, C-1032 de 2002 y C-941 de 2003. Notas propias de la cita.

Ahora bien, no es posible entender en esta instancia que lo solicitado por el actor es el pago de la sanción moratoria regulada por la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, que este Tribunal ha considerado que si cobija a los docentes en su condición de servidores públicos, pero que responde a unos supuestos diferentes a los planteados en la presente demanda¹⁹, los cuales dicho se pasó, no se reúnen, pues no es posible entender que lo reclamado en sede administrativa fue la sanción moratoria por falta de pago de cesantías definitivas o parciales,

En consecuencia sin ahondar en mayores disquisiciones, dispondrá esta Judicatura **CONFIRMAR** la sentencia objeto de alzada, pero bajo las razones expuestas.

CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante apelante, y a favor de la entidad demandada. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. DECISIÓN

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SINCELEJO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha el 25 de enero de 2017 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, pero, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandante apelante y a favor de la entidad demandada. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

¹⁹ El petitum de la demanda y los cargos desarrollados se fundamentan en la aplicación de la Ley 50 de 1990.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 115.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA