

Cartagena de Indias D. T. y C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-23-33-000-2019-00443-00
Demandante	JUDITH MERCADO SOLANO
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG)
Tema	<i>Reconocimiento de cesantías anualizadas causadas durante los años 1993 a 1996, no consignadas dentro del término fijado por la normatividad. – Prescripción de la sanción moratoria.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, profiere sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por la señora JUDITH MERCADO SOLANO, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG).

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA¹.

3.1.1. Pretensiones².

La accionante pretende que se declare la nulidad del Oficio de fecha 11 de diciembre de 2018, proferido por el Municipio de Pinillos – Bolívar, en respuesta a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas causadas desde 1993 hasta 1996, el cual negó también el reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada del incumplimiento en la consignación anualizada de las cesantías. Así mismo, solicita que se declare la nulidad del acto ficto configurado el 29 de diciembre de 2018, frente a la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías anualizadas causadas en los años 1993 a 1996, realizada el 29 de septiembre de 2018.

Que se declare que la hoy accionante tiene derecho a que el Municipio de Pinillos – Bolívar y la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, reconozca y pague las cesantías anualizadas adeudadas en el año 1993 hasta el año 1996, y la sanción moratoria derivada del incumplimiento en la consignación de las cesantías antes mencionadas. En el mismo sentido, que se condene al pago de las mismas.

¹ Fols. 1 – 24, Archivo Digital No. 01.

² Fols. 1 – 2, Archivo Digital No. 01.

13-001-23-33-000-2019-00443-00

De igual manera, pidió que se condene a la parte demandada al pago de los intereses moratorios desde el día de la ejecutoria de la sentencia, hasta cuando se efectúe el pago y solicitó que se condenara en costas a la parte demandada.

3.1.2. Hechos³.

Como sustento de lo anterior, la parte demandante sustentó lo siguiente:

Desde el año 1993 hasta la fecha la accionante laboró como docente para el Municipio de Pinillos – Bolívar, empero, este no consignó, dentro del plazo fijado por la normativa, las cesantías correspondientes a los años 1993 a 1996. Motivo por el cual, el referido municipio se encontraba obligado a pagar un día de salario por cada día de mora como sanción por ocasión al retardo, sin embargo, la entidad no lo ha hecho.

Por lo anterior, el 07 de noviembre de 2018, la accionante presentó reclamación administrativa ante la entidad territorial a fin de obtener el reconocimiento y pago de las cesantías dejadas de pagar en los periodos antes referidos, no obstante, consideró que la negativa dada a través del Oficio de fecha 11 de diciembre de 2018, presenta vicios de ilegalidad pues no se tiene en cuenta el contenido de las normas que regulan el régimen de cesantías de servidores públicos.

De la misma manera, el 29 de septiembre de 2018, presentó reclamación administrativa ante el FOMAG, con la finalidad de obtener el reconocimiento y pago de las cesantías no consignadas en los años 1993 hasta 1996; sin embargo, el 29 de diciembre de 2019 se configuró el acto ficto negativo negando lo pretendido, el cual estimó que, presenta vicios de ilegalidad por desconocer las normas que rigen la prestación solicitada.

Finalmente, señaló que, que todo lo antes referido vulnera el acto administrativo demandado, además, en el último reporte del FOMAG no aparecen reconocidas las cesantías.

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG⁴:

La apoderada contestó la demanda a través de informe allegado el 10 de junio de 2021. En cuanto a los hechos, aceptó de acuerdo a las pruebas, la vinculación con el Municipio de Pinillos y que se presentó el 29 de septiembre de 2018 la reclamación ante el FOMAG; no le constan otras circunstancias planteadas en los hechos y negó que el FOMAG esté llamado a reconocer y pagar la sanción moratoria.

³ Fols. 2 – 3, Archivo Digital No. 01.

⁴ Fols. 98 – 108, Archivo Digital No. 01.

13-001-23-33-000-2019-00443-00

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, de igual forma, solicitó que se negaran las mismas y se declararan probadas todas las excepciones propuestas.

Así mismo, propuso como excepción previa la caducidad, ya que, de acuerdo a la jurisprudencia, la demandante debía demandar dentro del término de 4 meses siguientes a la notificación del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías.

En el mismo sentido, propuso como excepciones de mérito la legalidad de los actos acusados de nulidad, pues los mismos fueron proferidos en cumplimiento a la normatividad y sin vicios de nulidad.

De la misma manera, planteó como excepción la improcedencia de la sanción moratoria contemplada en la Ley 344 de 1996, pues en situaciones fácticas similares a las que hoy son motivo de controversia, el Honorable Consejo de Estado ha manifestado que, a los maestros del sector público no le son aplicables lo dispuesto en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, debido a que estas son aplicables únicamente a los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías.

De igual modo, formuló como excepción también, la improcedencia de la condena en costas, ya que no se encuentra probado en el expediente su causación, ni la ocurrencia de alguna actuación por parte de la demandada que desvirtuara la presunción de buena fe. Finalmente, también propuso la excepción genérica.

3.2.2. MUNICIPIO DE PINILLOS

El Municipio de Pinillos – Bolívar, no dio contestación a la demanda.

3.3. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda en comento fue repartida a este Tribunal el 11 de septiembre de 2019⁵.
- mediante auto del 27 de octubre de 2020⁶, fue inadmitida. la parte accionante subsanó la demanda, el 12 de noviembre de la misma anualidad⁷.
- El 12 de abril de 2021⁸, se admitió la demanda de la referencia, corriéndose traslado por el término de 30 días.
- El día 10 de junio de 2021⁹, la parte demandada allegó contestación.

⁵ Fol. 72, Archivo Digital No. 01.

⁶ Fols. 74 – 76, Archivo Digital No. 01.

⁷ Fols 80 – 84, Archivo Digital No. 01.

⁸ Fol. 86 – 87, Archivo Digital No. 01.

⁹ Fol. 96 – 108, Archivo Digital No. 01.

13-001-23-33-000-2019-00443-00

- El 18 de junio del mismo año, la apoderada de la parte demandante realizó pronunciamiento frente a las excepciones propuestas en la contestación¹⁰.
- Por auto del 25 de febrero de 2022¹¹, se dispuso dictar sentencia anticipada y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión por proveído del 15 de julio de 2022¹².

3.4 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

3.4.1. Parte demandante¹³: Señaló que, al momento de la presentación de la reclamación administrativa, la relación laboral de la señora Judith Mercado como docente del Municipio de Pinillos, aún se encuentra vigente por lo que no se encuentra errado que hubiera solicitado el reconocimiento y pago de las acreencias laborales y de las sanciones derivadas del incumplimiento del nominador.

Así las cosas, no se podría decir que en el presente asunto operó el fenómeno de la caducidad, pues de acuerdo a la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, mientras exista una relación laboral, no opera el fenómeno jurídico de la prescripción por lo que estos derechos se pueden reclamar en cualquier momento, siempre y cuando el trabajador se encuentre laborando al momento de presentar la solicitud, por ende, aun cuando la accionante ha realizado diferentes traslados, esto no implica una ruptura de la relación laboral, siendo válido afirmar que la antes mencionada ha trabajado de forma ininterrumpida desde el 31 de mayo de 1993 hasta la actualidad.

De igual manera, enfatizó que las cesantías anualizadas no están sometidas al fenómeno de la prescripción, caso contrario al reconocimiento de las cesantías definitivas, las cuales sí son susceptibles de la ocurrencia de este fenómeno. Por estas razones, solicitó que se acceda a las pretensiones y en consecuencia se reconozca a la señora Judith Mercado el derecho al pago de las cesantías anualizadas de los años 1993 hasta 1996.

3.4.2. Parte demandada¹⁴: Manifestó que de acuerdo a la Ley 91 de 1989, el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes nacionales vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se seguiría realizando conforme al régimen prestacional que venían gozado en la entidad territorial, mientras que los docentes nacionalizados vinculados a partir del 01 de enero de 1990 se rigen por la normativa vigente aplicable a los empleados públicos del orden nacional.

Así mismo, sostuvo que la accionante planteó pretensiones excluyentes entre sí, pues no puede reclamar el pago de las cesantías anualizadas y el pago de la sanción moratoria, debido a que no se puede reclamar el reconocimiento

¹⁰ Fol. 134 – 136, Archivo Digital No. 01.

¹¹ Archivo Digital No. 04.

¹² Archivo Digital No.12.

¹³ Fols, 02 – 07, Archivo Digital No. 16.

¹⁴ Fols, 02 – 06, Archivo Digital No. 15.

13-001-23-33-000-2019-00443-00

de la sanción sin que se le haya reconocido el pago de las cesantías previamente, teniendo en cuenta que, estos derechos no dependen el uno del otro, sino que se causan de forma independiente.

Por otro lado, estimó que el derecho al pago de las cesantías y su sanción moratoria, se encuentra prescrito, pues la accionante no interrumpió la prescripción de las pretensiones que hoy reclama, ya que el derecho se hizo exigible desde febrero de 1994, sin embargo, más de 20 años después, esto es, el 07 de noviembre de 2018, la demanda solicita el pago de las cesantías de los años 1993 a 1996.

Finalmente, para que prospere la pretensión de la condena en costas, el juez debe tener en cuenta la buena fe, empero, no se presentaron pruebas o fundamentos que demuestren la ocurrencia de actuaciones contrarias a la buena fe, por parte de la parte demandada.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

5.2. Problema jurídico.

De conformidad con los hechos expuestos, y los argumentos de la apelación, considera la Sala que, dentro del asunto, se debe determinar si:

¿Tiene derecho la señora JUDITH MERCADO SOLANO, al reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas no consignadas por su empleador durante los años 1993 – 1996?

De resolverse favorablemente el interrogante anterior, la Sala entrará a estudiar si:

¿La señora JUDITH MERCADO SOLANO, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, derivada del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas de los años 1993 – 1996?

¿Ha operado el fenómeno de la prescripción frente a la sanción moratoria derivada por la no consignación oportuna de las cesantías causadas durante los años 1993 – 1996?

5.3. Tesis de la Sala.

La Sala de Decisión, declarará la nulidad de los actos administrativos demandados, toda vez que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas causadas en los años 1993 – 1996, teniendo en cuenta que, frente a las mismas, no ha operado el fenómeno de la prescripción. No obstante, aun cuando se causó una sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías antes referidas, se declarará la prescripción de las mismas por no haber sido reclamadas en tiempo.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

5.4.1. Sistema de liquidación de cesantías de los docentes y sanción moratoria.¹⁵

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación con el fin de atender «las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella», estableció la liquidación anual de las cesantías de sus afiliados, con algunas circunstancias excepcionales en el momento de su promulgación, así:

«Artículo 2.º
[...]

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

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

Artículo 15.º A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

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

¹⁵ Ver sentencias: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Bogotá D.C., 12 de mayo de 2022, Radicación: 20001-23-39-000-2015-00127-02 No. Interno: 0272-2021.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Bogotá D.C., tres (3) de marzo de dos mil veintidós (2022), Radicado : 520012333000201600608 01, No. Interno : 3941 – 2019.

13-001-23-33-000-2019-00443-00

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

[...]

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».

Conforme las normas transcritas, se establece una distinción entre los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para quienes 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, es decir, con aplicación del régimen retroactivo de cesantías. Por su parte, los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y los nacionales vinculados desde antes, solo en lo atinente a las cesantías que se causen desde el 1º de enero 1990, el Fondo pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, valga decir, las cesantías se reconocerán con el régimen anualizado.

Así mismo, la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, al decidir casos similares ha establecido que los docentes que ingresaron al sector oficial con posterioridad al 1º de enero de 1990, independientemente de ser designados por el alcalde o gobernador de un ente territorial u ostentar la calidad de financiados con recursos propios, se rigen por las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, que en materia de cesantías, prevén la liquidación bajo el sistema anualizado.

Por todo lo anterior, se definió que los docentes que ingresaron con posterioridad al 1 de enero de 1990, por el solo hecho de ser designados por el alcalde o gobernador no adquieren el carácter de territorial regidos por normas prestacionales aplicables a los servidores públicos que ostentan dicha calidad, puesto que por disposición de la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 3º, literal b), los maestros «[...] que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional», y concretamente frente a las cesantías, dispuso que el FOMAG reconocerá y pagará un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad.

5.4.2. Aplicación de la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria, al personal docente.

En lo que respecta a la sanción moratoria, en reiteradas ocasiones tanto el Consejo de Estado, como la Corte Constitucional, manifestaron que las disposiciones consagradas en la Ley 50 de 1990, no eran aplicables al personal docente, sin embargo, posteriormente estas Corporaciones¹⁶, han considerado que en aplicación al principio de favorabilidad, es factible aplicar a los docentes lo dispuesto en la ley 50 de 1990, en lo concerniente a sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales.

Frente a esto, la Corte Constitucional en sentencia SU-098 de 2018, señaló lo siguiente:

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

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

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

*Esto, por cuanto el ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a **todos los empleados públicos***
(...)

¹⁶ Ver sentencias: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, 17 DE JUNIO DE 2019, Radicado: 11001-03-15-000-2018-04617- 01.

13-001-23-33-000-2019-00443-00

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

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

(...)

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

(...)

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

5.5. CASO CONCRETO.

5.5.1. Análisis crítico de la prueba frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente asunto, la parte demandante, la señora JUDITH MERCADO SOLANO, pretende la nulidad del Oficio del 11 de diciembre de 2018, proferida por el MUNICIPIO DE PINILLOS – BOLÍVAR, mediante el cual se niega el reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas causadas durante los años 1993 a 1996, las cuales no fueron consignadas por el empleador dentro del plazo fijado en la normatividad; De igual modo, niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada del incumplimiento en la consignación de las cesantías antes mencionadas.

En el mismo sentido, se pretende la nulidad del acto ficto configurado el 29 de diciembre de 2018, frente a la solicitud realizada por la actora el 29 de septiembre de 2018, ante la NACIÓN – MEN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en los mismos términos de la solicitud antes mencionada.

Teniendo en cuenta lo anteriormente indicado, procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados Ut supra.

13-001-23-33-000-2019-00443-00

Reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas, no consignadas por el empleador durante los años 1993 – 1996.

Se encuentra probado dentro del plenario que mediante Decreto No. 054 del 15 de abril de 1993¹⁷, la señora JUDITH MERCADO SOLANO, fue nombrada como docente en la Institución Educativa Manuel Francisco Obregón. De igual forma, obra en el expediente Acta de Posesión No. 256 del 31 de mayo de 1993¹⁸.

En ese sentido, de acuerdo al marco normativo expuesto, observa esta Corporación que en el caso de los docentes cuya vinculación se haya efectuado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, se le aplica para el reconocimiento de cesantías, las normas vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un régimen anualizado de cesantías. Así mismo, de acuerdo al certificado de historia laboral expedido por FOMAG, se advierte que, en efecto, a la demandante la cobija un régimen de cesantías anualizado¹⁹.

Una vez realizada la anterior aclaración, se trae a colación que, en sus alegatos, la parte demandada afirmó que frente al reconocimiento y pago de las cesantías había operado el fenómeno de la prescripción, debido a que el derecho se hizo exigible desde febrero del año 1994, sin embargo, la accionante solicitó el pago de las cesantías aproximadamente 20 años después.

Respecto a lo anterior, manifiesta esta Judicatura que no le asiste razón a la entidad demandada, debido a que la jurisprudencia del Consejo de estado ha reiterado que las cesantías anualizadas no se encuentran sometidas al fenómeno prescriptivo.

Lo anterior encuentra razón en que, al crearse el régimen anualizado, el legislador determinó que los empleadores deben liquidar las cesantías cada año con corte a 31 de diciembre y consignar los valores resultantes de esa liquidación en la cuenta individual que se ha creado a nombre del trabajador en el fondo al que se encuentre afiliado, a más tardar el 15 de febrero del año siguiente. Así las cosas, las sumas que han sido consignadas por concepto de cesantías entran a ser parte del patrimonio del empleado y van aumentando año tras año en virtud a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, lo cual genera un ahorro que puede ser reclamado por el empleado al momento de quedar cesante o en una fecha posterior, sin que este cuente con un término fijado para su retiro; por este motivo, no es válido afirmar que el ahorro consignado en el fondo respectivo pueda prescribir.

Al respecto, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

¹⁷ Fol. 43, Archivo Digital No. 01.

¹⁸ Fol. 44, Archivo Digital No. 01.

¹⁹ Archivo Digital No. 08.



13-001-23-33-000-2019-00443-00

“(…) en el evento en que la administración no hubiera dado cumplimiento a los estrictos términos legales que la ley concede para la liquidación y/o consignación de las cesantías en la fecha que la ley impone, tampoco podría aplicarse la figura extintiva en perjuicio del trabajador, pues ello implicaría que el incumplimiento del deber legal por parte del empleador redundaría en su propio beneficio y en contra del empleado, imponiendo a este una carga desproporcionada que no tiene porqué soportar, es decir, la extinción de su derecho producto de la negligencia de su empleador.

Además, se estaría dando un trato desigual respecto del empleado que contó con la fortuna de tener un empleador que cumplió con la ley y las obligaciones que ella le impone.

Así las cosas, ha de concluirse que respecto de las cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se aplica el fenómeno de prescripción, 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.”²⁰

Así mismo, advierte la Sala que, en la Resolución 1683 del 05 de junio de 2015²¹, mediante la cual se le reconocen a la demandante cesantías parciales, no aparece reflejada la liquidación de las cesantías correspondientes a los años 1993, 1994, 1995 y 1996.

Por lo anterior, concluye este Cuerpo Colegiado que, las cesantías anualizadas son una prestación imprescriptible, por tanto, la demandante tiene derecho a que el empleador reconozca y pague las causadas durante los años 1993 a 1996, debidamente indexadas.

Corresponde a la Sala dilucidar quién debe hacer el reconocimiento o pago de las cesantías, en este caso, le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, puesto que, si bien fue nombrada por un ente territorial municipal, está demostrado que se encuentra afiliada a este fondo desde el año 1993, siendo este a quien le corresponde el pago de las cesantías de la demandante y no a la entidad municipal, Municipio de Pinillos.

Reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Al respecto, la parte demandada en su contestación, manifestó que, en el presente caso, el pago de la sanción moratoria era improcedente pues a los maestros del sector público no les es aplicable los mandatos establecidos en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, puesto que estos solo son aplicables a los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías.

²⁰ Ver sentencias: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, 25 DE AGOSTO DE 2016, Radicado No. 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16

²¹ Fols. 39 – 41, Archivo Digital No. 01.

13-001-23-33-000-2019-00443-00

Así las cosas, en atención al marco normativo referenciado en el acápite anterior, aun cuando ha habido diferentes posturas frente al reconocimiento de la sanción moratoria, recientemente el Honorable Consejo de Estado ha proferido jurisprudencias²² en las cuales accede al reconocimiento de la referida penalidad, prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en virtud del principio de favorabilidad, debido a que en el régimen especial que cobija a los docentes, existe un vacío legal en la regulación de la sanción moratoria derivada del no pago oportuno de la cesantías anualizadas, motivo por el cual, es válido acudir al régimen general, el cual si contempla dicha sanción.

Por otro lado, hay unos Tribunales quienes no reconocen esta sanción, diciendo que no le es aplicable a los docentes, por lo que hoy se encuentra en unificación en la Sección Segunda, conforme al artículo 71 del CPACA, no implica una suspensión en cuanto a proferir sentencia y en este caso, como existe una acumulación de pretensiones. I) Pago de cesantías; ii) Pago de sanción moratoria; debe proferirse fallo sin necesidad de esperar a la sentencia de unificación.

Bajo ese entendido, concluye esta Corporación que la demandante en su calidad de docente nombrada mediante Decreto No. 054 del 15 de abril de 1993²³ y posesionada a través de Acta No. 256 del 31 de mayo de 1993²⁴, sí le es aplicable la sanción moratoria de que trata el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Lo anterior, sin perjuicio de que en el presente caso pueda operar el fenómeno de la prescripción respecto a la referida penalidad.

Prescripción de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías anualizadas causadas durante los años 1993 – 1996.

Frente a esto, encuentra esta Judicatura que, de acuerdo a la Jurisprudencia del Consejo de Estado, la sanción moratoria derivada del no pago de las cesantías por parte del empleador está sujeta al fenómeno de la prescripción extintiva, teniendo en cuenta el término dispuesto en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

Anteriormente, no había claridad frente a cómo se debía contabilizar el término de la prescripción de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, motivo por el cual, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo fijó reglas de unificación jurisprudencial a fin de regular este asunto, en ese sentido, manifestó lo siguiente:

“Reglas de unificación jurisprudencial.

87. De acuerdo con lo anterior, la Sección Segunda fija la siguiente regla jurisprudencial:

²² Ver sentencia: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, 28 DE JUNIO DE 2019, Radicado: 11001-03-15-000-2018-04679-01.

²³ Fol. 43, Archivo Digital No. 01.

²⁴ Fol. 44, Archivo Digital No. 01.



13-001-23-33-000-2019-00443-00

(i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de la 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.

(ii) Cuando se acumulen anualidades sucesivas de sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 por la ausencia de consignación de cesantías anualizadas, **el término prescriptivo 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."²⁵

Así las cosas, descendiendo al caso concreto, observa la Sala que se adeudan las cesantías de los años 1993 a 1996, por esta razón, en atención a las reglas antes referenciadas, el fenómeno de la prescripción operó de la siguiente forma:

- **Cesantías del año 1993**, debían ser consignada a más tardar el **15 de febrero de 1994**, por lo que a partir de este día comenzó a correr el término de prescripción, haciéndose efectiva el **15 de febrero de 1997**.
- **Cesantías del año 1994**, debían ser consignadas a más tardar el **15 de febrero de 1995**, operando el fenómeno de prescripción el **15 de febrero de 1998**.
- **Cesantías del año 1995**, debían ser consignadas a más tardar el **15 de febrero de 1996**, motivo por el cual se hizo efectiva la prescripción el **15 de febrero de 1999**.
- **Cesantías del año 1996**, debieron ser consignadas a más tardar el **15 de febrero de 1997**, consolidándose la prescripción el **15 de febrero del 2000**.

Teniendo en cuenta lo anterior, dentro del expediente se encuentra demostrado que la demandante presentó solicitud, en aras de conseguir el pago de la penalidad derivada de la no consignación de las cesantías anualizadas, ante el FOMAG el 29 de septiembre de 2018²⁶, y ante la alcaldía del Municipio de Pinillos, el 07 de noviembre de 2018²⁷; motivo por el cual, es válido concluir que el derecho que le asistía a la señora Judith Mercado Solano para reclamar la sanción moratoria se encuentra prescrito.

5.6. De la condena en costas.

El artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, señala: “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, 06 DE AGOSTO DE 2020, Radicado: 08001-23-33-000-2013-00666-01, No. Interno: 0833-2016.

²⁶ Fols. 29 – 32, Archivo Digital No. 01.

²⁷ Fols. 33 – 37, Archivo Digital No. 01.

13-001-23-33-000-2019-00443-00

dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil. En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal". A su turno, el artículo 365 del CGP consagra que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, no obstante, el numeral 5 del referido artículo, dispone que, de acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, el Juez puede abstenerse de condenar en costas.

Bajo ese entendido, la Sala considera que en el presente caso no deben imponerse costas, pues las pretensiones formuladas por la parte demandante fueron parcialmente favorables a ella, considerando que se declaró la prescripción de la sanción moratoria derivada del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI. FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto ficto configurado el 29 de diciembre de 2018, frente a la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías anualizadas causadas en los años 1993 a 1996, y de la correspondiente sanción moratoria, realizada por la demandante el 29 de septiembre de 2018, a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNESE** a la parte demandada, Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), que reconozca y pague a la demandante, señora JUDITH MERCADO SOLANO, las cesantías anualizadas dejadas de consignar durante los años 1993 – 1996, debidamente indexadas.

TERCERO: DECLARAR que, en el presente caso ha operado el fenómeno de la prescripción extintiva de derechos sobre la sanción moratoria de las cesantías anualizadas de los años 1993 – 1996, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: La presente providencia se cumplirá en los términos previstos en los artículos 189, 192 y 195 del CPACA.

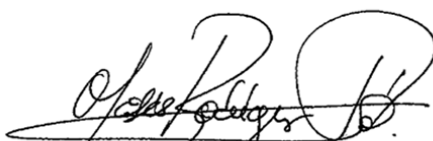
13-001-23-33-000-2019-00443-00

QUINTO: ABSTENERSE DE CONDENAR en costas en esta instancia, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No.022 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ