



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez
Demandado: Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio)

Temas: Sanción moratoria por pago tardío de cesantías anuales

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, contra la sentencia proferida el 21 de agosto de 2019 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora Trumancery Garizabalo Suárez, por conducto de apoderado, formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

administrativo, en orden a que se declare la nulidad de los siguientes actos: i) ficto o presunto negativo que se configuró ante la omisión de respuesta, por parte de la Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) a la petición en la cual se solicitó consignar las cesantías por los años 1998 y 1999, los intereses sobre las cesantías de los años 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 y la sanción moratoria prevista en la Ley 344 de 1995 y los artículos 99 a 104 de la Ley 50 de 1990, por el retardo en el pago de las cesantías de los años 1998 y 1999; ii) oficio sin número del 17 de enero de 2018, emanado de la Secretaría de Educación del departamento del Magdalena, por el cual se negó idéntica reclamación; y iii) oficio sin número del 14 de noviembre de 2017, suscrito por el alcalde del municipio de Sitionuevo, que resolvió en forma adversa su solicitud.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó i) consignar las cesantías, reconocer los intereses sobre estas y la sanción moratoria hasta que se efectúe el pago; ii) ordenar el ajuste de la condena, de conformidad con el inciso 4º del artículo 187 del Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; iii) condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada; y iv) reconocer intereses moratorios, en los términos descritos en los artículos 192 y 195, inciso 4, *ibidem*.

1.1.2. Hechos

Como hechos relevantes, el apoderado de la demandante señaló los siguientes:

(i) La señora Trumancery Garizabalo Suárez labora como docente en la Institución Educativa Departamental Rural Palermo del municipio de Sitionuevo, cargo para el cual fue nombrada a través del Decreto 15 del 29 de diciembre de 1997 y del que tomó posesión el 30 de diciembre de 1997.

(ii) La Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), el departamento del Magdalena y el municipio de Sitionuevo no consignaron oportunamente sus cesantías durante los años 1998 y 1999, esto es,



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

dentro de los plazos fijados en **la Ley 344 de 1996 y su decreto reglamentario**, motivo por el cual deben reconocer y pagar la indemnización moratoria que resulta de la tardanza en el pago de su prestación anual, que, hasta la fecha de radicación de la demanda, no ha sido concedida.

(iii) Las autoridades demandadas tampoco consignaron, en forma oportuna, las cesantías de los años 2000 a 2016 «anualidades que conforman un acumulado para el pago de los intereses a la (sic) cesantías que le han sido pagados como lo establece la normatividad existente».

(iv) En consecuencia, las demandadas son responsables del reconocimiento de las cesantías, los intereses sobre estas, la sanción moratoria por su inoportuno pago. Y aquellas son solidarias en la obligación, porque los recursos para tal efecto provienen del Sistema General de Participaciones y los del municipio provienen del departamento.

(v) El 25, 30 y 31 de octubre de 2017, la accionante formuló solicitudes ante el departamento del Magdalena, el municipio de Sitionuevo y el Ministerio de Educación, respectivamente, orientadas a obtener el reconocimiento y pago de las cesantías causadas a su favor durante los años 1998 y 1999, los intereses sobre las cesantías correspondientes a los años «1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004» y la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías anualizadas y, en respuesta a ellas, surgieron los actos acusados.

(iv) Tales actos presentan vicios que conllevan su ilegalidad, comoquiera que desconocen las normas que rigen el régimen legal de las cesantías de los servidores públicos vinculados a la administración, en los cuales se ordena realizar la liquidación anualizada del aludido auxilio, y consignarlo en el plazo establecido por **la Ley 344 de 1996**.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

Como tales se señalaron los artículos 13, 29, 53 y 209 de la Constitución Política; 83, 138, 187, inciso 4, 188, 192 y 195, inciso 4, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; **13 de la Ley 344 de 1996; 1 del Decreto 1582 de 1998**; 99, numeral 3, de la Ley 50 de 1990; 21 del Decreto 1063 de 1991; 20, numeral 1, del Código de Procedimiento Civil.

Al desarrollar el concepto de violación, el apoderado de la demandante expuso los siguientes argumentos:

(i) La omisión en que incurrió la parte demandada es el resultado de la desatención de las normas que rigen en materia de reconocimiento y pago de las cesantías anuales y no de la carencia de recursos para pagarlas; por ende, ante la tardanza generada por no consignar las cesantías antes del 14 de febrero del año siguiente a aquel en que fueron causadas, debe reconocer una indemnización equivalente a un día de salario por cada día de retraso.

(ii) La demandante, en su calidad de trabajadora, se encuentra amparada por la **Ley 344 de 1996** y su decreto reglamentario, que remiten a la Ley 50 de 1990, artículos 99 y subsiguientes, en materia de reconocimiento de cesantías; por ello, como la administración incurrió en transgresión de tales disposiciones, está obligada a reconocer la sanción que en forma clara y precisa establece la ley ante tal tardanza, máxime cuando, a la fecha, no ha consignado las cesantías de los años 1998 y 1999, ni los intereses sobre estas, ni la sanción originada en el incumplimiento.

1.2. Contestación de la demanda¹

La Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

¹ Se precisa que solo la Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) conforma la parte demandada en consideración a que, en el auto que la admitió, se declaró la caducidad del medio de control respecto de los oficios emanados del departamento del Magdalena y del municipio de Sitionuevo. Folios 80 a 82.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

Magisterio), no contestó la demanda.²

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante sentencia del 21 de agosto de 2019³ denegó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

(i) Si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado, en particular, en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 acogió el criterio de que los docentes sí son beneficiarios de la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, para efecto de la oportunidad en el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas y parciales, tal tratamiento no se ha dado en torno a las previsiones de la Ley 344 de 1996, pues la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, al cual se remite aquella, solo está destinada a fondos privados de cesantías; por lo tanto, como el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no tiene tal connotación, no puede hacerse extensiva a este.

(ii) En el caso concreto de la demandante, se desempeña como docente desde el año 1997 y fue afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a partir del año 2005; por lo tanto, el auxilio de cesantías correspondiente a los años 1998 y 1999 debería estar a cargo del municipio de Sitionuevo y no del aludido fondo, en tanto que este solo debe asumir la prestación respecto de los años posteriores a su afiliación en él; sin embargo, como dicha autoridad territorial no es parte de esta *litis* no es viable acceder a la pretensión al respecto. Igual ocurre en torno al reconocimiento y pago de los intereses sobre las cesantías de los años en que el demandante aún no estaba afiliado al fondo.

(iii) Finalmente, en lo que atañe al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías, la norma que la prevé no es

² En el informe secretarial que obra en el folio 129 no se informó acerca de que hubiera contestación de la demanda por esa entidad, además, no obra memorial al respecto y, en la audiencia inicial tampoco se aludió lo pertinente.

³ Folios 179 a 187.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

aplicable a los docentes y, por ello, no es viable acceder a la pretensión.

1.4. El recurso de apelación

La señora Trumancery Garizabalo Suárez, actuando por conducto de apoderado, interpuso recurso de apelación⁴ que sustentó así:

(i) Tal como lo consideró el *a quo*, el derecho a las cesantías es irrenunciable, por ello, como en el caso de la demandante su afiliación se produjo en el marco de lo dispuesto en el Decreto 3752 de 2003, se debe considerar lo previsto en su artículo 1º, párrafo 1º, según el cual la falta de afiliación a ese fondo implica la responsabilidad de la entidad territorial para el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

(ii) «[E]n virtud de la normatividad que reglamento (sic) el proceso de afiliación, habida cuenta que el pasivo prestacional liquidado y pagado por el municipio en favor de la demandante está en poder de la cuenta Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio representada legalmente por el Ministerio de Educación Nacional, entidad sobre la cual recae la legitimación en la causa por pasiva, es consecuente entonces que se orden al Ministerio de Educación Nacional el reconocimiento de consignar en la cuenta Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio las cesantías de los años 1998 y 1999, las cuales fueron liquidadas en el pasivo prestacional y pagadas al Fomag, pero inexplicablemente no le aparecen depositadas en la cuenta individual que posee la demandante en el Fomag, error que no puede ser asumido por la docente».

(iii) En lo que respecta a la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías, según lo previsto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, los docentes nacionales que se hubieren vinculado a partir del 1º de enero de 1990, sin distinción, son destinatarios de las disposiciones vigentes, aplicables a los empleados públicos del orden nacional, entre las que se encuentra la Ley 344 de 1996; por lo tanto, en el caso de la demandante, sí es aplicable dicha normativa

⁴ Folios 202 a 209.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

ante el desconocimiento del término previsto para la consignación de las cesantías en el fondo, tesis que fue acogida por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-098 de 2018.

(iv) La legitimación en la causa por pasiva radica, para este caso, en la Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) en aplicación de un precedente del Consejo de Estado,⁵ al respecto.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La señora Trumancery Garizabalo Suárez, por intermedio de su apoderado, recorrió el término para alegar⁶ y reiteró los argumentos invocados en la alzada. El Ministerio de Educación guardó silencio en esta etapa procesal.⁷

1.6. El Ministerio Público

El procurador tercero delegado ante el Consejo de Estado rindió concepto⁸ en el que solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, para tal efecto, expuso los siguientes argumentos:

(i) En el caso de la demandante, el régimen de cesantías aplicable es el anualizado, por lo que sus cesantías se debían liquidar y pagar en forma anual, en tales condiciones, su exigibilidad «procede a partir del vencimiento del término para la respectiva consignación, por cada año en forma separada, sin atención a que a la fecha de la demanda dicha persona aun estuviere ejerciendo el empleo».

(ii) En el *sub lite* se reclama la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías de los años 1998 y 1999; por lo tanto, como la petición al respecto se presentó los días 25, 30 y 31 de octubre de 2017, es evidente que se configuró el fenómeno prescriptivo y, por ende, las pretensiones de sanción moratoria no

⁵ Se cita la sentencia del 26 de octubre de 2017, radicado 08001 23 33 000 2012 00362 01, número interno: 1800-2014. M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

⁶ Según memorial visible en el índice 14 del aplicativo SAMAI.

⁷ Como consta en el informe secretarial visible en folio 222.

⁸ El concepto aparece en el índice 15 de la plataforma SAMAI.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

tienen vocación de prosperidad.

La Sala decide, previas las siguientes

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Se circunscribe a establecer **(i)** si la Nación (Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio) es la autoridad legitimada para el reconocimiento de las cesantías reclamadas por la demandante, por los años 1998 y 1999; **(ii)** si la accionante, en su condición de docente, puede ser beneficiaria de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de sus cesantías **anuales**, de conformidad con lo previsto en las Leyes 344 de 1996 y 50 de 1990, así como el decreto reglamentario de la primera de ellas; **(iii)** si tiene derecho a la indemnización por mora en el pago de esa prestación y en qué forma se debe liquidar; y **(iii)** si hay lugar a declarar extinguida la obligación respecto de esa indemnización, por virtud del fenómeno de la prescripción.⁹

2.2. Marco normativo

El artículo 53 de la Constitución Política establece como principios orientadores de las relaciones laborales, el de favorabilidad, según el cual, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, se debe acoger la que resulte más benéfica para el trabajador.

Ahora bien, la Ley 6 de 1945 «por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo», en el artículo 12, literal f), estableció, a favor de los trabajadores oficiales, el derecho al auxilio de cesantías a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio y, proporcionalmente, por fracciones de año, y el

⁹ Se precisa que, en el problema jurídico, no se incluyó lo relativo a los intereses sobre las cesantías, que constituyó una de las pretensiones de la demanda, teniendo en consideración que la reclamación al respecto no fue materia del recurso de apelación.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

artículo 17, literal a), *ibidem*, consagró que ese auxilio se reconocería con destino a todos los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

El Decreto 1160 de 1947 «sobre auxilio de cesantías», en su artículo 6, señaló que para liquidar las cesantías se toma como base el último sueldo o jornal, salvo que hubiera sufrido modificaciones en los 3 últimos meses, caso en el cual se toma el promedio de lo devengado en los últimos 12 meses o en todo el tiempo servido, si fuere menor a ese lapso.

Más adelante, el Decreto 3118 de 1968 creó el Fondo Nacional de Ahorro, y dentro de los objetivos para la administración de sus recursos, fijó los siguientes: «pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales»¹⁰, y «proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria»¹¹; con tales finalidades, el artículo 3 *ibidem* determinó que las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado debían ser liquidadas y entregadas al Fondo; asimismo, en su artículo 22 ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social realizar, con corte a 31 de diciembre de 1968, la liquidación de cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales afiliados a ella.

Con lo previsto en los artículos 27, 28 y 33 *ibidem* empezó el llamado «desmonte del régimen de retroactividad de cesantías», pues se dispuso la liquidación anual de esta prestación para los empleados y trabajadores de las entidades aludidas previamente, y la liquidación definitiva por la porción de tiempo laborada durante el año del retiro, así como el reconocimiento de intereses anuales del 9%, a ser liquidados el 31 de diciembre de cada año, sobre el saldo que figure a favor de cada empleado.

El Decreto 432 de 1998 «por el cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones», mantuvo el

¹⁰ Artículo 2 literal a) del Decreto 3118 de 1968.

¹¹ Artículo 2 literal b) del Decreto 3118 de 1968.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

objetivo de administrar, de manera eficiente, las cesantías¹², y, dentro de sus funciones, las de recaudo y pago de ese auxilio a los afiliados, al igual que la protección contra la pérdida de su valor adquisitivo¹³. Además, en los artículos 11 y 12 *ibidem*, fijó a favor de sus afiliados un monto por concepto de intereses, con el propósito de evitar la pérdida del poder adquisitivo del auxilio de cesantías depositado, y un porcentaje a título de intereses sobre las cesantías.

En el evento en que el empleador no consigne, dentro del término de ley, las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, el artículo 6^o *ibidem* estableció lo siguiente:

Artículo 6^o¹⁴.- *Trasferencia de cesantías de servidores públicos.* En la fecha establecida para efectuar las consignaciones de los aportes a los sistemas general de pensiones y de seguridad social en salud, las entidades públicas empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional de Ahorro una doceava parte de los factores de salarios que sean base para liquidar las cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior para los servidores públicos afiliados.

El incumplimiento de la obligación aquí establecida dará derecho al Fondo para cobrar a su favor intereses moratorios mensuales, equivalentes al doble interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre las sumas respectivas para todo el tiempo de la mora.

Mensualmente, las entidades públicas empleadoras enviarán al Fondo Nacional de Ahorro una certificación que contenga el valor total de los factores salariales que constituyan base para liquidar cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior.

Los funcionarios competentes de las entidades públicas empleadoras, que sin justa causa no hagan oportunamente las consignaciones de los aportes mensuales o el envío de los reportes anuales de cesantías debidamente diligenciados, incurrirán en causal de mala conducta que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente. (Se resalta).

En todo caso, se debe señalar que la Ley 344 de 1996 «por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones», dio un paso adicional

¹² Artículo 2 del Decreto 432 de 1998.

¹³ Artículo 3, literales a), b) y c) del Decreto 432 de 1998.

¹⁴ La norma en cita fue modificada por el artículo 193 del Decreto 019 de 2012; no obstante, tal disposición es posterior a los años en que se causaron a favor del demandante las cesantías que fueron consignadas tardíamente, por lo que no procede su aplicación.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

encaminado a ampliar la cobertura del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para la generalidad de los servidores públicos, al consagrar, en su artículo 13, lo siguiente:

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;** (negrilla de la Sala).

La norma vigente a la fecha de expedición de la previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo artículo 99 consagró:

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

1. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.
2. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.
3. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.
4. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

De igual manera, es necesario indicar que el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus artículos 99, 102 y 104.

Ahora bien, en lo que respecta al personal docente, se debe indicar que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 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 serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital» que estaría a cargo del pago de las prestaciones sociales¹⁵ que se causaran a favor del personal docente **nacional y nacionalizado**, a partir de la promulgación de esa ley.

La aludida norma, en su artículo 1, numeral 3, precisó que los docentes territoriales son aquellos «vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975» y en el artículo 2 *ibidem* estableció lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en los siguientes términos:

Artículo 2º.- De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

[...]

5.- **Las prestaciones sociales** del personal nacional y nacionalizado **que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley**, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; **pero las entidades territoriales**, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

En lo que tiene que ver con las cesantías, su reconocimiento se estableció en el artículo 15 *ibidem*, en los siguientes términos:

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

¹⁵ De acuerdo con el artículo 5, numeral 1, de la Ley 91 de 1989.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

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 1o. 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 de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. (Resalta la Sala).

Por otro lado, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que 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».

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003, estableció:

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

Parágrafo 1°.- 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. (Negrilla fuera de texto).

Parágrafo 2°.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5°. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el FONPET al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.

2.3. Hechos probados

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

(i) El 25 de octubre de 2017,¹⁶ la señora Trumancery Garizabalo Suárez, por intermedio de su apoderado, radicó petición ante el departamento del Magdalena con el objeto de lograr el reconocimiento y pago de **a.** las cesantías de los años 1998 y 1999; **b.** los intereses a las cesantías de los años 1998 a 2004, inclusive; y **c.** la sanción moratoria prevista en la Ley 344 de 1996, ante la inoportuna consignación de las cesantías **de los años 1998 y 1999.**

¹⁶ Folios 13 y 14.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

(ii) El 30 de octubre de 2017,¹⁷ la accionante formuló igual solicitud ante el alcalde del municipio de Sitionuevo.

(iii) El 31 de octubre de 2017,¹⁸ la demandante formuló nuevo requerimiento ante la Nación (Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio).

(iv) El 1 de agosto de 2017,¹⁹ el jefe de la Oficina Jurídica y Contratación del municipio de Sitionuevo dio respuesta adversa a la anterior solicitud.

(v) El 17 de enero de 2018,²⁰ la profesional universitaria, coordinadora de prestaciones sociales de la Secretaría de Educación del departamento del Magdalena dio respuesta desfavorable a la anterior petición. Entre las consideraciones de la aludida respuesta se señala lo siguiente:

En el caso concreto, la señora Trumancery Garizabalo Suárez con C.C. 85.080.324, fue nombrada como docente mediante el Decreto No 015 del 29/12/1997, expedido por el Alcalde del Municipio de Sitio Nuevo (Mag), posesionada el día 30/12/1997, afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por el Municipio de Sitio Nuevo - Magdalena, el 29/07/2005.

Referente a sus cesantías, según el extracto suministrado por la Fiduprevisora S.A., entidad que maneja los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se advierte que desde el año 2000 en adelante sus cesantías han sido oportunamente reportadas a la entidad fiduciaria, por parte de la Secretaría de Educación del Departamento del Magdalena y por el periodo reclamado (1998/1999) no aparece reporte alguno por parte del Municipio de Sitio Nuevo – Mag.

En ese orden de ideas, las cesantías por los años reclamados, que corresponden a los pasivos prestacionales, y que no han sido aportados, es responsabilidad del Municipio de Sitio Nuevo - Magdalena por ser anteriores al año en que el Departamento ser (sic) responsabilizó de las Educación de ese Municipio y a la afiliación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En consecuencia, la obligación del Departamento del Magdalena surge a partir del año 2003 y la obligación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al pago de cesantías y sus intereses, con anterioridad a la afiliación, está supeditada a que la Entidad (Municipio) a la cual el docente prestaba sus servicios haya efectuado los aportes que estaba obligada a pagar.

¹⁷ Folios 16 y 17.

¹⁸ Folios 10 a 12.

¹⁹ Folios 18 a 21.

²⁰ Folio 15.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

2.4. Caso concreto

Con el propósito de pronunciarse frente a los argumentos de la demandante, se debe advertir, en primer lugar, que, conforme a lo previsto en los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso, aplicables por remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el objeto del recurso de apelación se circunscribe a que el *ad quem* «examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante» y, por ende, su pronunciamiento debe sujetarse a «los argumentos expuestos» por este. En consecuencia, los asuntos que se abordarán en esta providencia comprenden, únicamente, aquellos señalados en la fijación del litigio, los cuales concuerdan con los repartos formulados en el recurso.

Así las cosas, el primer problema que se debe resolver, consiste en establecer si la Nación (Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) es la autoridad legitimada en la causa para asumir una posible condena en torno a la reclamación de las cesantías de los años 1998 y 1999, a favor de la señora Trumancery Garizabalo Suárez.

Para efecto de definir lo anterior, la Sala considera oportuno señalar que, de acuerdo con la información suministrada por la profesional universitaria, coordinadora de prestaciones sociales de la Secretaría de Educación del departamento del Magdalena el certificado expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el oficio del 17 de enero de 2018,²¹ la afiliación de la demandante en dicho fondo ocurrió el **29 de julio de 2005**; en consecuencia, es preciso dar aplicación a lo previsto en el artículo 1º párrafo 1º del Decreto 3752 de 2003, según el cual «[l]a 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».

Lo anterior quiere decir que en quien radica la responsabilidad de reconocer y

²¹ Folio 15.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

destinar los recursos correspondientes a las cesantías causadas a favor de la demandante, antes de su afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es en la entidad territorial nominadora; por lo tanto, no es viable atribuir responsabilidad, al respecto, en cabeza del ministerio demandado.

Ahora bien, la Sala no desconoce que, en un principio, la demanda se formuló no solo en contra de ese ente ministerial, sino de dos autoridades territoriales, por un lado, el departamento del Magdalena y, por el otro, el municipio de Sitionuevo; sin embargo, tales entidades no fueron vinculadas al litigio, toda vez que en el auto que admitió la demanda,²² el tribunal declaró la caducidad del medio de control respecto de ellas, pues, en su sentir, la demanda se formuló en forma inoportuna para cuestionar la legalidad de los oficios por ellas emitidos.

En tales condiciones, si la parte demandante no estaba de acuerdo con lo decidido al respecto, debió incoar los recursos que procedían contra tal providencia, pero en el plenario no hay prueba de que haya procedido en tal sentido; por el contrario, a través de memorial,²³ solicitó integrar el litisconsorcio necesario con el departamento y el municipio referidos, pero tal solicitud le fue resuelta en forma desfavorable por el Tribunal.²⁴ Siendo así, la accionante permitió que quedaran en firme las decisiones que impidieron que la parte demandada quedara integrada con las autoridades que podrían ser las legitimadas para responder por el reconocimiento de las cesantías reclamadas.

Ahora bien, no es procedente acoger el argumento de la parte recurrente, según el cual al haberse surtido todo el trámite de afiliación, se debe entender que los recursos del pasivo prestacional fueron remitidos al fondo, pues es evidente que la consecuencia de no afiliación, por un periodo específico, está delimitada en el párrafo uno del artículo primero del Decreto 3752 de 2003, y consiste en la responsabilidad a cargo del ente territorial, en lo que respecta al reconocimiento y pago de la prestación. Sin embargo, como, en el *sub lite*, no está vinculada la

²² Auto del 7 de septiembre de 2018, que obra en los folios 80 a 82.

²³ Folio 86.

²⁴ Mediante providencia del 8 de octubre de 2018, visible en folios 92 a 94.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

autoridad territorial es forzoso confirmar lo que, al respecto, decidió la primera instancia, sobre dicha pretensión, en el sentido de negarla, pues la autoridad que integra la parte demandada no está legitimada para responder por ella.

Por otro lado, la Sala considera imperioso precisar que la sanción por mora que se reclama surge de la tardanza en que incurrió la administración en el pago de las **cesantías anuales, esto es, las que se generaron a favor de la demandante con corte al 31 de diciembre de cada uno de los años 1998 y 1999**, de manera que el análisis se circunscribirá a determinar si, en su condición de docente, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por la presunta mora en que incurrió el empleador en consignar su prestación en cada anualidad

Para resolver lo anterior, en primer lugar, se debe determinar si la señora Garizabalo Suárez, en su condición de docente, es beneficiaria de la Ley 50 de 1990, en particular, del artículo 99, en lo que atañe al reconocimiento y pago de la sanción, cuando el empleador incurre en mora para la consignación de sus **cesantías liquidadas en forma anual**,²⁵ teniendo en consideración que la decisión del *a quo* se circunscribió a la inaplicabilidad de tal normativa a la demandante.

Al respecto, la tesis de la Sala había sido la de considerar que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello es «sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989» lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte, al estudiar la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues en Sentencia C-928

²⁵ Se resalta lo pertinente, comoquiera que el análisis de la Sala no comporta el reconocimiento de la sanción por mora en la consignación de **las cesantías definitivas** respecto de los docentes.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

de 2006²⁶ señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. Además, puntualizó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad porque «simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos²⁷ es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna».

Sin embargo, por vía de acción de tutela, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado²⁸ han considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que, para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso.

En efecto, sobre ese particular, la Corte Constitucional en Sentencia SU-098/18²⁹ sostuvo 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».

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías

²⁶ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁷ Refiriéndose a diferentes prestaciones, entre ellas las cesantías.

²⁸ Ver, entre otras, sentencias del Consejo de Estado, del 17 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04617-01, Sección Tercera, M.P. y del 28 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04679-01, Sección Primera, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

²⁹ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando el «ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a **todos los empleados públicos**. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000». Y finalmente, concluyó:

Realizada la anterior aclaración, esta Corporación considera que, en el régimen anualizado, aplicable al caso de los docentes vinculados después de 1990 y 1996, es lógico que se exija la afiliación y el pago oportuno del auxilio de cesantías, ya que **la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. Sin duda, este sistema solo puede ser equitativo si las personas pueden contar con su pago de forma oportuna para poder disponer de la prestación en cualquiera de los eventos en que se permite, esto es, ante el desempleo, para financiar la educación propia, de compañeros permanentes, de los hijos o dependientes³⁰ y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda³¹.**

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.**

[...]

³⁰ Cita propia del texto transcrito «Ley 50 de 1990. “Artículo 102º.- El trabajador afiliado a un Fondo de Cesantía sólo podrá retirar las sumas abonadas en su cuenta en los siguientes casos:

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

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

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

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

³¹ Cita propis del texto transcrito «Código Sustantivo del Trabajo. “Artículo 256. Financiación de viviendas. <Artículo modificado por el artículo 18 del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>

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

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



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

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

[...]

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.**

Asimismo, en Sentencia SU-332 de 2019³² esa Corporación también coligió que:

52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) **los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.** [Negrilla fuera de texto]

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Por ende, se aplicará la anterior postura a fin de establecer si la demandante es beneficiaria de la sanción pretendida en la demanda, así:

³² Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

Para efecto de lo anterior, es preciso determinar el período respecto del cual se pretende el reconocimiento de la sanción moratoria por parte de la accionante, esto es, por la tardanza en el pago de las cesantías anuales de los años 1998 y 1999.

Ahora bien, de acuerdo con lo probado en el expediente, en particular, información extraída del oficio emanado de la profesional universitaria, coordinadora de prestaciones sociales de la Secretaría de Educación del departamento del Magdalena,³³ los reportes de cesantías que se han hecho a favor de la señora Garizabalo Suárez corresponden a los años 2003 en adelante, pero de ese año hacia atrás no se reflejan abonos por ese concepto, por parte del ente territorial correspondiente.

Por lo anterior, ante la falta de acreditación de los periodos de la prestación, respecto de los que se reclama la mora —años 1998 y 1999—, la Sala concluye que sí hubo mora en la consignación de las cesantías, pues no hay prueba de que aún hayan sido dirigidos al fondo.

Siendo así, la mora corrió de la siguiente manera:

Cesantías 1998: desde el 15 de febrero de 1999³⁴ hasta la fecha no hay constancia de su acreditación.

Cesantías 1999: desde el 15 de febrero de 2000³⁵ hasta la fecha no hay constancia de su acreditación.

No obstante lo anterior, la sanción moratoria pretendida está afectada por el fenómeno de la prescripción, comoquiera que la obligación —sanción moratoria— se hizo exigible a partir del momento en que se generó el incumplimiento o

³³ Folio 15.

³⁴ Que corresponde al día posterior a aquel en que debieron acreditarse ante el Fondo. Lo propio se predica de los demás periodos de cesantías reclamados.

³⁵ Que corresponde al día posterior a aquel en que debieron acreditarse ante el Fondo. Lo propio se predica de los demás periodos de cesantías reclamados.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

tardanza, es decir, desde el día siguiente al vencimiento del término con que la entidad contaba para realizar el pago —15 de febrero del año siguiente al de la causación del auxilio— y la accionante dejó transcurrir un lapso superior a tres (3) años sin hacer la reclamación administrativa de la sanción moratoria.

En efecto, en sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020, emanada de la Sección Segunda del Consejo de Estado, CE-SUJ-SII-022-2020, se sentó jurisprudencia, al respecto, en el siguiente sentido:

- i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 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) En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 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 por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción.

Así las cosas, en el caso concreto de la señora Garizabalo Suárez, el término para reclamar la sanción moratoria por la inoportuna consignación de sus cesantías empezó a correr en las siguientes fechas y se extinguió en el término indicado en el cuadro siguiente:

Período de cesantías debido	Fecha en la que surgió la mora y el derecho a reclamar la indemnización	Fecha en que se extinguió el derecho por prescripción
1998	15 de febrero de 1999	15 de febrero de 2002
1999	15 de febrero de 2000	15 de febrero de 2003

Con fundamento en lo anterior, se debe concluir que como la petición de la indemnización moratoria se realizó el día 31 de octubre de 2017,³⁶ ante el Ministerio de Educación Nacional, se encuentra prescrita la sanción pretendida, pues se reclamó cuando habían transcurrido más de tres años desde el momento

³⁶ Folio 10 a 12.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

en que la obligación se hizo exigible; por ende, procedía declarar probada, de oficio, la excepción extintiva; por lo tanto, se revocará parcialmente la sentencia recurrida en cuanto negó esa pretensión de la demanda, para, en su lugar, declarar probada la excepción de prescripción extintiva.

En todo caso, es preciso señalar que en la sentencia de unificación citada³⁷ se dejó claro que «2.- **La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal** y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral» y, por ende, es procedente, en el *sub lite*, acoger ese criterio en torno al fenómeno extintivo.

En esas condiciones, la reclamación al respecto debía realizarse dentro de los 3 años contados a partir del momento de su exigibilidad y, como se dejó plasmado con antelación, la parte interesada excedió ese término.

2.5. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016,³⁸ respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación atiende un criterio objetivo valorativo. Objetivo, en el sentido de que toda sentencia dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, pues se requiere que el juez revise si ellas se causaron (pago de gastos ordinarios del proceso, actividad profesional realizada dentro de él), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o la temeridad de las partes. Conforme a las anteriores reglas, y según lo dispuesto en los numerales 1 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso,³⁹ la Sala se abstendrá de condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante, en cuanto no resultaron probadas, pues la decisión en torno a la prescripción surgió

³⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia CE–SUJ004 de 2016, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

³⁹ «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso [...] 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

de la postura jurisprudencial definida en la sentencia CE-SUJ-SII-022-2020, que fue expedida en forma posterior a la interposición del recurso.⁴⁰

3. Conclusión

Con base en la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en los derroteros jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional en casos de contornos análogos fáctica y jurídicamente al que ahora es objeto de estudio y en el acervo probatorio, la Sala considera que se debe declarar probada, de oficio, la excepción de prescripción extintiva de la sanción moratoria de cesantías reclamada por la señora Trumancery Garizabalo Suárez; por tal razón, se revocará parcialmente, la providencia recurrida, que denegó las súplicas de la demanda y, en su lugar, se declarará probado el aludido medio exceptivo. En lo demás, se confirmará la sentencia recurrida, en cuanto el Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no es la autoridad que deba responder por el pago de las cesantías causadas a favor de la demandante por los años 1998 y 1999, por las razones expuestas y no se impondrá condena en costas de segunda instancia.

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

FALLA

Primero. Revocar, parcialmente, la sentencia proferida el 21 de agosto de 2019 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en cuanto denegó la pretensión de sanción moratoria por la inoportuna consignación de cesantías, en el proceso promovido por Trumancery Garizabalo Suárez contra la Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio). En su lugar se dispone:

⁴⁰ El recurso se interpuso el 30 de octubre de 2019 (folio 202) mientras que la providencia de unificación data del 6 de agosto de 2020.



Radicado: 47001 23 33 000 2018 00231 01 (0871-2020)
Demandante: Trumancery Garizabalo Suárez

Declarar probada, de oficio, la excepción de prescripción extintiva de la sanción moratoria reclamada por la demandante, de conformidad con las consideraciones que anteceden.

Segundo. Confirmar, en lo demás, la providencia recurrida.

Tercero. No condenar en costas de segunda instancia.

Cuarto. En firme esta decisión, devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

DDG



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021)
Demandante: ABIEL FERNÁNDEZ ALVARADO
Demandada: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI Y OTRO

Tema: Sanción moratoria cesantías anualizadas (Docente)

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decreto 01 de 1984

ASUNTO

La Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2019 por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Abiel Fernández Alvarado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, formuló, en síntesis, las siguientes:

Pretensiones¹

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio 4143.3.13.9476 del 23 de septiembre de 2011, por medio del cual la Secretaría de Educación del municipio de Santiago de Cali resolvió de forma negativa el derecho de petición elevado por el demandante, tendiente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria e intereses por la no consignación de las cesantías, así como los rendimientos financieros que dicho auxilio habría podido producir si se hubiere consignado en los términos de ley.
2. A título de restablecimiento del derecho, condenar a la Secretaría de Educación del municipio de Santiago de Cali a reconocer y pagar a favor del señor Fernández Alvarado i) la suma de \$193.286.281, por la no consignación oportuna de las cesantías de los años 2003 a 2009 en el Fomag; ii) un total de \$394.732 por el no pago de los intereses sobre las cesantías, pues los intereses correspondientes a los años 2004 a 2009 le fueron reconocidos y pagados en el año 2010 sin incluir la sanción por el no pago de cada año y; iii) los rendimientos financieros que todo fondo

¹ Folio 72 a 74.



abona trimestralmente al trabajador afiliado y a prorrata de sus aportes individuales.

3. Liquidar la anterior condena mediante sumas liquidadas de moneda en curso legal en Colombia, la cual deberá ajustarse y actualizarse tomando como base el IPC.
4. Condenar a la demandada a pagar las costas y expensas del proceso.

Supuestos fácticos relevantes²

1. El señor Abiel Fernández Alvarado laboró en forma provisional al servicio de la Secretaría de Educación del municipio de Santiago de Cali en los años académicos 2003-2004, 2004-2005, 2005-2006, 2006 hasta la fecha de presentación de la demanda³.
2. El ente territorial aludido incumplió el término dispuesto en la Ley 50 de 1990, pues al señor Fernández Alvarado, pese a estar afiliado al Fomag, no le fueron consignadas las cesantías que por ley le correspondían, a más tardar el 14 de febrero del año inmediatamente anterior.
3. Refirió además que incumplió las normas laborales al omitir cancelar los intereses a las cesantías.
4. Mediante Oficio 4143.3.13.01934 del 17 de abril de 2009, la Secretaría de Educación de Educación del municipio de Santiago de Cali, contestó las repetidas solicitudes que el demandante formuló.
5. Así mismo, la Fiduprevisora SA por Oficio 404-2010EE16411 del 2 de marzo de 2011 informó al docente la fecha y el valor de las cesantías de los períodos comprendidos entre el año 2004 y el año 2009, a través del cual se evidencia el incumplimiento de la entidad territorial al no depositar en las fechas de Ley el auxilio de cesantías a su favor.
6. Finalmente, la entidad demandada al dar cumplimiento a un fallo de tutela, por Oficio 4143.3.13.3234 del 4 de mayo de 2010 indicó que las cesantías del libelista reposaban en el Fomag y como prueba de ello, señaló que «[...] la FIDUPREVISORA S.A. le ha programado el pago de los intereses y revisados los comprobantes de pago a partir de noviembre de 2004 hasta la fecha se le han consignado las cesantías mes a mes en dicho fondo [...] razón por la cual no da lugar a la sanción moratoria [...]»

Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se invocaron como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política: artículo 13.
- Ley 50 de 1990: artículo 99.
- Ley 344 de 1996
- Decreto 1252 de 2000: artículo 1.º

² Folio 75 a 77.

³ 2 de febrero de 2012



- Decreto 3752 de 2003: artículo 1.º

Sostuvo que el municipio de Santiago de Cali incurrió en un trato desigual y sin justificación, al omitir el pago de sus cesantías al Fomag y su decisión de no pagar la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías e intereses. Indicó, además, que los docentes pertenecen a un régimen especial, pero por mandato legal, en materia de cesantías les son aplicables las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996.

Finalmente, sostuvo que la doctrina y la jurisprudencia tienen por derecho adquirido aquellas situaciones que se han establecido y definido bajo el imperio de una ley y, por lo mismo, han creado a favor de sus titulares un derecho cierto que debe ser respetado. No obstante, solicitó se aplique la sentencia C-197 de abril de 1999 de la Corte Constitucional, que declaró exequible el artículo 137 del CCA, bajo la condición que el juez administrativo evidencie la violación de un derecho fundamental, deberá proceder a su protección, aun cuando el demandante no hubiere cumplido con el requisito señalado con norma violada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El municipio de Santiago de Cali y el Fomag -vinculado al proceso- no contestaron la demanda, según se advierte de la constancia secretarial obrante a folios 105 y 251 del expediente.

SENTENCIA APELADA

El 4 de diciembre de 2019⁴, el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca profirió sentencia que negó las súplicas de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, hizo alusión a la normatividad general y la jurisprudencia que rige las cesantías para empleados públicos del orden nacional y del personal docente.

Acto seguido, hizo un recuento del material probatorio recaudado, para sostener que el señor Fernández Alvarado no tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de sus cesantías al fondo antes del 15 de febrero de año siguiente a su causación, dado que este se vinculó al servicio oficial docente el 9 de diciembre de 2003 y, por lo tanto, esta cobijado por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. En virtud de lo anterior, concluyó que el demandante, como docente oficial, no es equiparable a los servidores públicos destinatarios de los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

Con fundamento en lo anterior, concluyó que el libelista no puede ser destinatario de la sanción moratoria contemplada en el artículo 1.º del Decreto 1582 de 1998, a los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, requisitos que no cumplió el docente.

⁴ Folios 252 a 259 vto.



Finalmente, se abstuvo de condenar en costas, por no haber evidencias temeridad, ni mala fe de las partes.

RECURSO DE APELACIÓN⁵

La parte demandante, inconforme con la decisión, interpuso recurso de alzada y como sustento de ello, señaló que lo reclamado no corresponde a una prestación a cargo de la Nación, Fomag, sino en el reconocimiento de una sanción moratoria, indemnización que mal podría exigírsele al fondo si precisamente la Secretaría de Educación del municipio de Santiago de Cali no reportó, trasladó o depositó las cesantías anualizadas a su favor en los términos de ley.

En ese sentido, destacó que al ser beneficiario del régimen anualizado de cesantías, la no consignación o pago en el fondo de las mismas genera una sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago, indemnización que tiene sustento en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, que remite al numeral 3.º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Igualmente, recalcó que el material probatorio da cuenta del valor que recibió en los años 2008 y 2009, correspondiente a los intereses a las cesantías de los períodos 2004 a 2009, considera que dicha situación no desvirtúa la mora en que incurrió la administración de trasladar o consignar en el fondo dentro del tiempo el auxilio; así mismo, hizo referencia a la contradicción entre lo expuesto por la Secretaría de Educación del municipio de Santiago de Cali en el oficio 4143.3.13.9476 de 23 de septiembre de 2011 y lo consignado por la Fiduprevisora en Oficio 1010403 del 13 de julio de 2009.

Aunado a lo anterior, señaló que la sentencia recurrida violó el principio de favorabilidad, al dejar de aplicar la norma que le era más favorable y desconoció el precedente jurisprudencial contenido en la sentencia de unificación SU-336 del 18 de mayo de 2017, proferida por la Corte Constitucional que determinó que los docentes oficiales tienen derecho a que sus cesantías sean pagadas de manera oportuna.

Finalmente, solicitó tener como indicio grave en su contra que la parte pasiva no asistió a la audiencia de conciliación, no se excusó y tampoco contestó la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

El **municipio de Santiago de Cali**⁶ solicitó confirmar la decisión, toda vez que la misma se profirió en atención a la normatividad vigente y, en consecuencia, el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías al fondo antes del 15 de febrero del año siguiente a su causación, por cuanto al estar afiliado al Fomag se rige por la Ley 91 de 1989, reglamentado a través del Decreto 2831 de 2005, sin que le sea extensivo lo dispuesto por la Ley 50 de 1990.

⁵ Folios 177 a 200.

⁶ Memorial allegado electrónicamente, adjunto al aplicativo Samai, visible a índice 16.



Agregó que desde la contestación logró desvirtuar todos y cada uno de los supuestos fácticos y jurídicos planteados por la parte demandante. Adicionalmente, resaltó que la competencia de la Secretaría de Educación del municipio de Santiago de Cali está supeditado al trámite, liquidación, proyecto de resolución y envió a la Fiduprevisora para que esta última efectúe el pago correspondiente, esto es, su función solo va hasta la proyección de los actos administrativos de reconocimiento.

La parte demandante⁷ reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

El **ministerio público** y el **Fomag** guardaron silencio, conforme se desprende de la constancia secretarial de fecha 12 de mayo de 2022.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 129 del CCA modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en la respectiva alzada.

Problemas jurídicos

De conformidad con los planteamientos derivados de la sentencia de primera instancia y del recurso de alzada, los problemas jurídicos a resolver se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿Le asiste derecho a los docentes oficiales a reclamar el pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, por la consignación tardía de las cesantías anualizadas?

En caso afirmativo,

2. ¿Se encuentra acreditada en el *sub lite* la causación de la sanción moratoria respecto de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2003 a 2009?
3. ¿Operó el fenómeno de la prescripción sobre la sanción moratoria prevista en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, respecto de las cesantías anualizadas de la demandante, causadas en las anualidades 2003 a 2009?

Primer problema jurídico

¿Le asiste derecho a los docentes oficiales a reclamar el pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, por la consignación tardía de las cesantías anualizadas?

⁷ Memorial allegado electrónicamente, adjunto al aplicativo Samai, visible a índice 17.



Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación.

El régimen normativo que regula el pago de las cesantías anualizadas y la sanción por la mora en su consignación, para los servidores públicos

La Ley 50 de 1990 por medio de la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías en los términos que a continuación se citan:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

Ahora, pese a que la norma transcrita se encontraba destinada específicamente a los trabajadores cobijados por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, la expedición de la Ley 344 de 1996 hizo extensivas a los servidores públicos las disposiciones concernientes a las cesantías. En efecto, la Ley 344 de 1996 definió el régimen anualizado de liquidación de cesantías para los servidores públicos que se vincularan a partir de su vigencia, y puntualmente en su artículo 13 previó lo siguiente:

«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.

PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.»
(Subrayas de la Subsección)

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, que reglamentó parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, dispuso en su artículo 1 que: «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. [...]»
(Subrayas de la Subsección)

Ahora bien, el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1991, previó la causación de una penalidad a cargo del empleador, a título de sanción, por la tardanza en la consignación del auxilio de cesantías al fondo al que el empleado se encuentre afiliado, para lo cual estimó la fecha en la que la obligación se haría exigible en los términos que a continuación se señala:

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

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



[...]

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

[...]» (Subrayas de la Sala)

De conformidad con las consideraciones anteriormente expuestas, es claro que el alcance de las previsiones contenidas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1991 amparan el auxilio de cesantías a que tienen derecho los servidores públicos, bajo los preceptos de la Ley 344 de 1996 y del Decreto 1582 de 1998, de modo que frente a la mora en la consignación de dicha prestación resulta procedente el pago de una sanción correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. De tal suerte que, si al 15 de febrero de la siguiente anualidad no se verifica el depósito del monto correspondiente en el fondo de cesantías al que el empleado se encuentre afiliado, el mismo podrá requerir el reconocimiento y pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, antes citado.

Del marco jurídico aplicable a los docentes oficiales en materia de cesantías

En lo que respecta al personal docente, se debe indicar que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 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 serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital» que estaría a cargo del pago de las prestaciones sociales⁸ que se causaran a favor del personal docente nacional y nacionalizado, a partir de la promulgación de esa ley.

La aludida norma, en su artículo 1, numeral 3, precisó que los docentes territoriales son aquellos «vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975» y en el artículo 2 *ibídem* reguló lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en los siguientes términos:

«Artículo 2º.- De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

[...]

5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.» (Subraya la Sala)

En lo que tiene que ver con el reconocimiento de las cesantías, el artículo 15 *ejusdem* prescribió lo siguiente:

⁸ De acuerdo con el artículo 5, numeral 1, de la Ley 91 de 1989.



«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 1o. 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 de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.» (Subraya la Sala).

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 señaló que 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».

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003, estableció:

«Artículo 1°.- 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 4° y 5° del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1°.- 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.

Parágrafo 2°.- 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 5°. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:



1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliarse y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el Fonpet al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.»
(Subrayas de la Sala)

En armonía con el marco normativo reseñado en precedencia, la Subsección había sostenido la tesis de que los docentes oficiales, si bien servidores públicos en toda regla, no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, cuyo artículo 13 les hizo extensivas las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello era «sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989», lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional, al estudiar el ajuste del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 a los postulados de la Carta, pues en sentencia C-928 de 2006⁹ señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. En aquella ocasión, puntualizó además que ello no redundaba en una violación del derecho a la igualdad porque «simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos¹⁰ es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna».

Sin embargo, por vía de acción de tutela, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado¹¹ han considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación

⁹ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁰ Refiriéndose a diferentes prestaciones, entre ellas las cesantías.

¹¹ Ver, entre otras, sentencias del Consejo de Estado, del 17 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04617-01, Sección Tercera, M.P. y del 28 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04679-01, Sección Primera, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.



extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso.

En efecto, sobre ese particular, la Corte Constitucional en sentencia SU-098 de 2018¹², sostuvo 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».

De igual manera, en la sentencia en cita, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando «el ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a **todos los empleados públicos**. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000». Y finalmente, concluyó:

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

[...]

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

¹² M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



[...]

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. [...]**» (Resalta la Subsección)

Recientemente, en sentencia SU-332 de 2019¹³ esa Corporación también concluyó que:

«[...] 52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) **los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.** [...]» (Negrillas de la Sala)

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Por ende, se aplicará el anterior criterio a fin de establecer si el demandante es beneficiario de la sanción pretendida en la demanda, en los términos del segundo problema jurídico planteado al inicio de estas consideraciones.

Segundo y tercer problema jurídico

¿Se encuentra acreditada en el *sub lite* la causación de la sanción moratoria respecto de las cesantías anualizadas correspondiente a los años 2003 a 2009?

En caso afirmativo ¿operó el fenómeno de la prescripción sobre la sanción moratoria prevista en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, respecto de las cesantías anualizadas de la demandante, causadas en las anualidades 2003 a 2009?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: se acreditó la causación de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 respecto del auxilio de

¹³ Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



cesantías del demandante en los años 2004 a 2009, comoquiera que demostró los supuestos fácticos para ser beneficiaria de la penalidad que reclama. Ahora bien, de conformidad con los elementos probatorios que obran en el plenario, y a la luz de la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda de esta Corporación el 25 de agosto de 2016, aclarada a través de sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020, la sanción por mora en la consignación del auxilio de cesantías de los años 2004 y 2005 se encuentra prescrita.

La postura adoptada en la sentencia unificación del 25 de agosto de 2016, aclarada a través de sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020

En lo que atañe a la ocurrencia del fenómeno de la prescripción extintiva frente a la sanción moratoria por la consignación tardía del auxilio de las cesantías anualizadas, la Sección Segunda de esta Corporación unificó el criterio jurisprudencial a través de la sentencia del 25 de agosto de 2016¹⁴, aclarada en providencia -también de unificación- del 6 de agosto de 2020¹⁵. Si bien en la primera de tales providencias se había mencionado que la penalidad en comento está sometida a la prescripción trienal, aunque fuese de manera parcial, la sentencia aclaratoria se encargó de definir que el carácter del fenómeno prescriptivo trienal es extintivo y que el momento a partir del cual procede la reclamación de la sanción moratoria corresponde al día en que se configura la mora respecto de la obligación originaria, esto es, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago de las cesantías anualizadas.

De conformidad con la tesis de unificación, pese a no existir una norma expresa que contemple un término de prescripción para la penalidad ante la tardanza en el depósito de las cesantías anualizadas a que tiene derecho el trabajador, sobre las mismas opera el fenómeno de prescripción trienal, como se indica a continuación:

«Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación “cesantías”.

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, radicado 08001-23-31-000-2011-00628-01, número interno: 0528-14, dte: Yesenia Esther Hereira Castillo.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado 08001-23-33-000-2013-00666-01, número interno: 0833-16, dte: María Lucely Taborda Cervantes.



Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

“Artículo 151. -Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990. [...]» (Negrillas del texto, subrayas propias).

Ahora, frente al momento en que surge el derecho a reclamar el reconocimiento y pago de la sanción por mora de que trata el numeral 3, del artículo 99 de la Ley 50 de 1991, la providencia de unificación de fecha 06 de agosto de 2016, sentó la siguiente regla jurisprudencial: **«la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora, so pena de que se aplique la figura extintiva respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente. [...]»**

Línea interpretativa que tiene como fundamento los siguientes planteamientos:

«De acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el legislador impuso al empleador una fecha precisa para que consigne las cesantías anualizadas de sus empleados, esto es, el 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causaron, y precisa que *“el empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”*.

Determinar una fecha expresa para que el empleador realice la consignación respectiva y prever, a partir del día siguiente, una sanción por el incumplimiento en esa consignación, implica que la indemnización moratoria que surge como una nueva obligación a cargo del empleador, empieza a correr desde el momento mismo en que se produce el incumplimiento.

Por ende, es a partir de que se causa la obligación -sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción, así sea en forma parcial¹⁶.

¹⁶ El aparte resaltado en negrillas corresponde justamente al concepto que fue objeto de aclaración en la providencia de unificación del 6 de agosto de 2020, cuando se precisó que el carácter del fenómeno prescriptivo trienal, para el caso de la sanción moratoria prevista en la Ley 344 de 1996, **es extintivo y no parcial**.



La anterior interpretación además es consecuente con el hecho de que de conformidad con lo previsto en el inciso 1 del artículo 104 de la Ley 50 de 1990, el empleador debe entregar al trabajador un certificado sobre la cuantía de la liquidación realizada con corte a 31 de diciembre de cada año, y teniendo en consideración que los Fondos administradores de cesantías están en la obligación de informar al afiliado, los saldos de su cuenta individual.

Con fundamento en lo anterior, se puede afirmar que si el empleado conoce la liquidación anual que efectúa el empleador y el saldo de su cuenta individual de cesantías, forzoso es concluir que tiene conocimiento del hecho mismo de la consignación anualizada o la omisión de la misma por parte de su empleador, lo que implica que tiene conocimiento de que este ha incurrido en mora y por tal motivo se impone a su cargo la obligación de reclamarla oportunamente, so pena de que se aplique en su contra el fenómeno de la prescripción.» (Subraya la Subsección)

Caso concreto

Como se expuso, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Por ende, se aplicará el anterior criterio a fin de establecer si el demandante es beneficiario de la sanción pretendida en la demanda y para ello se tiene probado en el expediente lo siguiente:

Mediante Resolución 3068 del 9 de diciembre de 2003 la Secretaría de Educación del municipio de Santiago de Cali, nombró en provisionalidad al señor Abiel Fernández Alvarado como docente en la Institución Educativa José María Carbonell, cargo del cual tomó posesión el 12 de febrero de 2004¹⁷, día en que también fue vinculado al FOMAG bajo el régimen de cesantías anualizado¹⁸.

Así mismo, obra Oficio 4143.3.13.3541 del 3 de octubre de 2008¹⁹ emitido por la Secretaría de Educación del municipio de Santiago de Cali, por medio del cual informó al demandante que con fundamento en lo dispuesto en el artículo 15, numeral 3, letra B, de la Ley 91 de 1989, que a partir del 1.º de enero de 1990 el Fomag debe reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados, así como el interés anual sobre el saldo de las cesantías adeudadas a 31 de diciembre de cada año. Seguidamente, precisó que en el caso particular del demandante «[...] se constato (sic) que se han presentado inconvenientes con el aplicativo razón por la cual no se le ha cancelado sus intereses, adjunto remitimos copia simple del reporte que en tal sentido se realizo (sic) a la Fiduprevisora a la fecha estamos haciendo los tramites (sic) internos para subsanar esta situación.»

También se cuenta con Oficio 1010430 del 13 de julio de 2009²⁰ por medio del cual la Fiduprevisora le indicó al libelista que al consultar la base de datos

¹⁷ Folios 5 y 6.

¹⁸ Folio 15.

¹⁹ Folios 8 y 9.

²⁰ Folio 15.



«[...]no registro (sic) reporte alguno de cesantías para pago de interés, por lo que le sugiere acercarse a la Secretaría de Educación municipal de Cali, para lo pertinente. [...]»

Igualmente se advierte copia de las notificaciones de liquidación de cesantías al señor Fernández Alvarado en los años 2004 (\$778.981), 2005 (\$1.148.892), 2006 (\$1.148.892) y 2007 (\$1.138.719)²¹.

De igual forma, obra Oficio 404-2010EE16411 de fecha 2 de marzo de 2011²², a través del cual la Fiduprevisora S.A. informó como la fecha de las cesantías de los períodos comprendidos entre el 2004 a 2009 así:

«[...]»

2004. Recibido en esta entidad mediante CONTRA 76F7012.zip.
Ingresa al sistema el día 13 de abril de 2005.

2005-2007. Recibido en esta entidad mediante CONTRO 76j9344.zip.
Ingresa al Sistema el día 27 de marzo de 2010.

2008. Recibido en esta entidad mediante la estructura del Programa Humano.
Ingresa al Sistema el día 4 de abril de 2009.

2009. Recibido en esta entidad mediante la estructura del Programa Humano.
Ingresa al Sistema el día 27 de marzo de 2010.

«[...]»

Además, según extracto de intereses a las cesantías del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Fiduprevisora S.A.²³, se advierten los giros e intereses a las cesantías correspondientes al señor Abiel Fernández Alvarado en los años 2005 a 2009 tal como se observa en el siguiente extracto:

VINCULACION		CESANTIAS QUE AFECTAN LA LIQUIDACION DE INTERESES				NRO.RESOLUCION	FECHA PAGO
		FUENTE RECURSOS	PRESTACION	VALOR			
AÑO	DTF	CESANTIA	INTERESES PAGADOS		ESTADO		
			INTERES	FECHA			
2005	7.19%	1,148,892	1,148,892	82,605	08 OCT 2009	PRESENTE PAGO	
2006	6.56%	1,148,892	2,297,784	150,735	29 NOV 2010	PRESENTE PAGO	
2007	8.26%	1,138,719	2,287,611	188,957	08 OCT 2009	PRESENTE PAGO	
2007	8.26%	0	1,148,892	94,898	29 NOV 2010	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO	
2008	10.04%	1,150,274	1,150,274	115,488	17 DEC 2009	REPROGRAMACION	
2008	10.04%	0	1,148,892	115,349	29 NOV 2010	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO	
2008	10.04%	0	2,287,611	229,676	08 OCT 2009	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO	
2009	6.24%	1,201,174	1,201,174	74,953	30 MAR 2010	PRESENTE PAGO	
2009	6.24%	0	1,148,892	71,691	29 NOV 2010	SALDO POR MODIFICACION EN ACUMULADO	
2009	6.24%	0	3,437,885	214,524	17 DEC 2010	REPROGRAMACION	

En el asunto bajo estudio se tiene que el demandante solicita la sanción moratoria por la consignación tardía en el Fomag de las cesantías y los intereses a las cesantías que causó en los años 2003 a 2009, así como los rendimientos financieros que a prorrata hubiere podido generar sus aportes.

Al respecto, es del caso resaltar que solo se hará referencia a las cesantías causadas en los años 2004 a 2009, teniendo en cuenta que el libelista tomó posesión en el cargo de docente oficial de la Secretaría de Educación del

²¹ Folios 17, 18, 29 y 30.

²² Folio 52.

²³ Folio 53.



municipio de Santiago de Cali, a partir del 12 de febrero de 2004, tal como consta en el acta de posesión a que se hizo referencia.

A fin de resolver el problema jurídico es del caso resaltar que el plazo con el que contaba la entidad territorial demandada para consignar al demandante el auxilio de cesantías, vencía el 14 de febrero del año siguiente al de la causación de cada una de las anualidades, según los términos señalados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, de manera que la mora o retardo para el efecto comenzaba a contar desde el día siguiente, 15 de febrero siguiente.

Ahora bien, en los documentos obrantes al dossier es válido afirmar que la entidad territorial demandada sí incurrió en mora respecto de los años 2004 a 2009 como se advierte a continuación:

Año	Fecha límite de consignación	Fecha efectiva de consignación	Periodo de mora
2004	14 de febrero de 2005	13 de abril de 2005	15 de febrero de 2005 al 12 de abril de 2005
2005	14 de febrero de 2006	27 de marzo de 2010	15 de febrero de 2006 al 14 de febrero de 2007 ²⁴
2006	14 de febrero de 2007	27 de marzo de 2010	15 de febrero de 2007 al 14 de febrero de 2008 ²⁵
2007	14 de febrero de 2008	27 de marzo de 2010	15 de febrero de 2008 al 14 de febrero de 2009 ²⁶
2008	14 de febrero de 2009	4 de abril de 2009	15 de febrero de 2009 al 3 de abril de 2009
2009	14 de febrero de 2010	27 de marzo de 2010	15 de febrero de 2010 al 26 de marzo 2010

En virtud de lo anterior, como no se acreditó que las cesantías del demandante en los años 2004 a 2009 hubieren sido consignadas dentro del término previsto por la Ley 50 de 1990, esto es, antes del 15 de febrero siguiente a cada período de liquidación anual, se tiene en principio, que la entidad territorial demandada incurrió en mora entre el 15 de febrero y el 12 de abril de 2005, del 15 de febrero de 2006 y el 3 de abril de 2009 y del 15 de febrero y el 26 de marzo de 2010.

Ahora bien, como la solicitud administrativa que perseguía el pago de las acreencias derivadas de la consignación tardía de las cesantías anualizadas fue presentada el 26 de marzo de 2009²⁷ ante el municipio de Santiago de Cali, resulta imperioso concluir que el derecho que le asistía al libelista para reclamar la sanción moratoria del auxilio de cesantías para los años 2004 y 2005 se encuentra extinto, no así respecto de los años 2006 a 2009.

En ese orden de ideas, esta Subsección encuentra acreditados los elementos de juicio necesarios para declarar probada de oficio la excepción de prescripción, respecto de la sanción moratoria por la consignación tardía del auxilio de cesantías correspondiente a los años 2004 y 2005.

Finalmente, habrán de negarse las pretensiones dirigidas al reconocimiento y pago de la sanción por el no pago oportuno de los intereses a las cesantías

²⁴ Día anterior a la fecha en que se generó una nueva mora por la inoportuna consignación del auxilio del año siguiente.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Folios 26 y 27.



anualizadas y los posibles rendimientos financieros que hubiere podido recibir de haberse consignado en tiempo sus aportes individuales. Lo anterior, en primer lugar, porque la sanción es una penalidad impuesta por el legislador y al verificar la normativa, la Sala advierte que esta solo contempló el pago de los intereses sin que haga referencia a indemnización alguna por su no pago y; en segundo lugar, respecto a los rendimientos financieros a que tendría derecho el afilado, teniendo en cuenta que este es variable y depende de la gestión que haga el respectivo fondo, no obra en el dossier prueba alguna de que el Fondo hubiere realizado inversiones de los recursos que administra en el dicho período y mucho menos si recibió rendimiento alguno, situación que impide entrar a estudiar un eventual reconocimiento de las aludidas utilidades; máxime cuando la carga probatoria estaba en cabeza del demandante, quien es la parte realmente interesada para que se acceda a lo por él pretendido.

Decisión de segunda instancia

Según se ha expuesto, se impone revocar parcialmente la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2019 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda. En su lugar,

Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el Oficio 4143.3.13.9476 del 23 de septiembre de 2011, en cuanto resolvió de manera negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías correspondiente a los años 2006 a 2009. Así mismo, declarar probada de oficio la excepción de prescripción extintiva de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías de los años 2004 y 2005, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

A título de restablecimiento del derecho, condenar al municipio de Santiago de Cali a reconocer y pagar al demandante la sanción moratoria prevista en las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, entre el 15 de febrero de 2006 y el 3 de abril de 2009 y del 15 de febrero y el 26 de marzo de 2010.

Las sumas reconocidas serán reajustadas con siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Negar la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por el no pago a tiempo de los intereses a las cesantías y los rendimientos financieros deprecados, por lo expuesto en la parte motiva.



De la condena en costas

No hay lugar a condenar en costas porque no se demostró temeridad o mala fe de las partes, tal y como lo regulaba el artículo 171 del CCA²⁸ vigente para este proceso, que consagraba un criterio subjetivo para efectos de la imposición de costas.

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

FALLA

Primero: Revocar parcialmente la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2019 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor Abiel Fernández Alvarado contra el municipio de Santiago de Cali y otro. En su lugar,

Segundo: Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el Oficio 4143.3.13.9476 del 23 de septiembre de 2011, en cuanto resolvió de manera negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías correspondiente a los años 2006 a 2009.

Tercero: Declarar probada de oficio la excepción de prescripción extintiva de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías de los años 2004 y 2005, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: A título de restablecimiento del derecho, condenar al municipio de Santiago de Cali a reconocer y pagar al demandante la sanción moratoria prevista en las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, entre el 15 de febrero de 2006 y el 3 de abril de 2009 y del 15 de febrero y el 26 de marzo de 2010.

Quinto: Las sumas reconocidas deberán ser reajustadas conforme con la fórmula expuesta en la parte considerativa de esta providencia. De igual forma, la entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo, de acuerdo con los artículos 192 y 195 del CPACA.

Sexto: Negar las demás pretensiones.

Séptimo: Reconocer personería adjetiva al abogado Cristóbal Martínez García, identificado con cédula de ciudadanía 16.698.468 y portador de la tarjeta profesional 52.339 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de I municipio de Santiago de Cali, según poder a él conferido y adjunto a la plataforma SAMAI.

Octavo: Sin condena en costas en esta instancia.

²⁸ CCA, artículo 171: «Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil».



Radicación: 76001-23-31-000-2012-00212-02 (4470-2021)
Demandante: Abiel Fernández Alvarado

Noveno: Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en el aplicativo "SAMAI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.

Firmado electrónicamente
WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente
RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente
GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

