



Sincelejo, veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Radicado N°: 70-001-33-33-006-2019-00153-00

Demandante: José Francisco Arroyo Cuello

Demandados: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Municipio de Sincelejo.

Asunto: Sentencia de primera instancia. Temas: Derecho de los docentes oficiales a las cesantías y a su liquidación anualizada, derecho a la sanción moratoria establecida en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998.

1. ANTECEDENTES.

1.1. La demanda.

1.1.1. Partes.

Demandante: José Francisco Arroyo Cuello, identificado con la C.C. No. 92.551.663, quien actuó a través de apoderadas judiciales (fls. 21-23)¹.

Demandada:

¹ En la audiencia inicial que se realizó el 27 de abril de 2022 se reconoció la sustitución de un poder que otorgó la apoderada principal.

- i. Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien actuó a través de apoderados judiciales².
- ii. Municipio de Sincelejo, quien actuó a través de apoderadas judiciales.³

1.1.2. Causa de la demanda.

La parte demandante labora como docente oficial del municipio de Sincelejo, desde el 17 de enero de 1994 y hasta la fecha.

El municipio no consignó las cesantías correspondientes al tiempo que la demandante trabajó los años 1994 y 1995, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente.

El demandante le solicitó el 28 de junio de 2018 al municipio que le reconozca las cesantías no consignadas correspondientes a esos años, por la omisión de consignarlas anualmente en el respectivo fondo.

El municipio no respondió la petición.

El 4 de julio de 2018 la parte demandante solicitó a la Nación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento de

² Los poderes se reconocieron en auto del 4 de febrero de 2022 que citó a la audiencia inicial.

³ Los poderes se reconocieron uno en el auto que citó a la audiencia inicial y el otro en la audiencia de alegaciones y juzgamiento.

las cesantías causadas por el tiempo que trabajó los años 1994 y 1995, por la omisión de consignarlas anualmente en el respectivo fondo.

La entidad no respondió la petición.

En el último reporte del Fomag las cesantías del demandante de esos años no aparecen reconocidas.

1.1.3. Pretensiones.

Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo, que se configuró el 28 de septiembre de 2018, porque el municipio de Sincelejo no respondió la petición que la parte demandante le presentó para el reconocimiento de las cesantías por el tiempo que trabajó los años 1994 y 1995, y de la sanción moratoria por la no consignación anual de las cesantías en el respectivo fondo.

Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo, que se configuró el 4 de octubre de 2018, porque el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no respondió la petición que la parte demandante presentó, para el reconocimiento de las cesantías por el tiempo que trabajó los años 1994 y 1995, y de la sanción moratoria por la no consignación anual de las cesantías en el respectivo fondo.

Que como restablecimiento del derecho se condene a las entidades demandadas a que:

- i. Reconozcan al demandante las cesantías anualizadas de los años 1994 y 1995.
- ii. Reconozcan y paguen al demandante la sanción moratoria establecida en la Ley 344 de 1995 y el Decreto 1582 de 1998 por la no consignación oportuna anual de las cesantías por el tiempo que trabajó esos años.
- iii. Ajusten el valor de la condena con base en el índice de precios al consumidor.
- iv. Paguen los intereses moratorios sobre la condena.
- v. Cumplan la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.
- vi. Paguen las costas del proceso.

1.1.4. Normas violadas y concepto de la violación.

1.1.4.1. Normas violadas: En la demanda se citaron entre otras normas las siguientes:

- Ley 344 de 1996: arts. 13 y 15.
- Decreto 1582 de 1998: arts. 1 y 2.
- Decreto 1252 de 2000: art. 1 y 2.
- Ley 91 de 1989.

1.1.4.2. Concepto de la violación.

En la demanda se afirmó que, la Ley 344 de 1996 en su artículo 13 estableció el régimen anualizado de liquidación de las cesantías, para los servidores públicos que se vinculen a partir de su vigencia. Según éste le corresponde al empleador liquidar las cesantías cada año con corte a 31 de diciembre, y consignarlas en el fondo de cesantías/ en la cuenta del trabajador, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente.

Expresó que, además el Decreto 1582 de 1998 estableció un nuevo régimen de cesantías para los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, en los siguientes términos:

“Artículo 1º. El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial 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 de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional del Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinente de la Ley 432 de 1998.”

Por otra parte indicó, que el personal docente que se vinculó con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989, lo rigen las disposiciones del orden nacional; luego sus cesantías se liquidan con el régimen anualizado, y sobre ellas el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debe pagar un interés anual sobre el saldo de las mismas a 31 de diciembre de cada año (arts. 1, 2, 3, 4, 15).

Señaló, que el Decreto 1752 de 2003, previó en su artículo 1, la obligación de las entidades territoriales de afiliar al Fomag a los docentes vinculados a las plantas de personal con anterioridad al 31 de octubre de 2004. De manera que, el incumplimiento de esa obligación implica que la entidad debe responder por las prestaciones.

De la interpretación en su conjunto de la demanda, se entiende que para la parte demandante los actos administrativos cuya nulidad pretende desconocen las normas anteriores, porque la parte demandante tiene derecho a que sus cesantías por el tiempo que trabajó como docente oficial los años 1994 y 1995 se le liquidaran y consignaran anualmente, pero como esto no se hizo, la parte demandante tiene derecho a las cesantías, y a la sanción moratoria con base en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998.

1.2. Trámite de la demanda.

La demanda se tramitó en legal forma, y se cumplieron las etapas procesales para decidirla. En efecto:

- i. El 24 de mayo de 2019 fue presentada la demanda.
- ii. El 15 de enero de 2020 se admitió. Este auto se notificó por estado electrónico y electrónicamente a la parte demandante 16 de enero de 2020.
- iii. El 27 de enero de 2021 se notificó ese auto personal y electrónicamente a las entidades demandadas, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público.

- iv. El 9 de marzo de 2021 el municipio contestó la demanda oportunamente.
- v. El 12 de marzo la Nación-Fomag contestó la demanda oportunamente.
- vi. El 25 de mayo de 2021 se corrió traslado de las excepciones.
- vii. El 27 de abril de 2022 se realizó la audiencia inicial.
- viii. El 31 de mayo de 2022 se realizó la audiencia pruebas, alegaciones y juzgamiento.

1.3. Contestación de la demanda.

1.3.1. Municipio de Sincelejo.

El municipio dijo que son ciertos los hechos 1 y 4 de la demanda, que se refieren al vínculo laboral del demandante, y a la petición a través de la cual el demandante le solicitó al municipio el reconocimiento y pago de las cesantías por la no consignación oportuna en el fondo.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, dado que, carecen de fundamento jurídico y fáctico, porque, el demandante pudo presentar recurso de reposición contra la resolución que le reconoció las cesantías parciales, que dejó por fuera los años que reclama; además, porque el municipio no fue el causante de la mora en el pago de las cesantías, pues solamente tiene competencia para elaborar el proyecto de acto administrativo que reconoce las cesantías, el cual remite al fondo para su aprobación, luego que es devuelto debidamente aprobado el municipio notifica la decisión al interesado, espera la ejecutoria del

mismo y comunica esto al fondo para que pague; precisó, que en todo caso el pago de las cesantías solamente se produce si existe disponibilidad presupuestal.

Propuso, con fundamento en lo anterior y en otros argumentos las que denominó excepciones de:

- Ausencia de responsabilidad del municipio respecto de la mora en el pago de las cesantías, ya que actuó dentro del término que indica el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006.
- Falta de legitimación en la causa por pasiva.
- Improcedencia de la indexación.
- Prescripción extintiva de la obligación de pagar la sanción moratoria.

1.3.2. La Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se opuso a las pretensiones de la demanda.

No estuvo de acuerdo con los hechos de la demanda.

Alegó como excepciones de mérito las que denominó:

- Prescripción extintiva de la obligación de pagar la sanción moratoria.
- Buena fe.

- Inexistencia del derecho, ya que el derecho que la parte demandante pretende con fundamento en la Ley 50 de 1990, el Decreto 1582 de 1998, la Ley 91 de 1989, la Ley 344 de 1996 no están incluidos en el régimen jurídico al que se encuentra vinculado. Afirmó, que esos derechos están dirigidos a empleados territoriales afiliados a fondos privados.
- Improcedencia de la sanción moratoria establecida en la Ley 344 de 1996.
- Improcedencia de la condena en costas.

1.4. Alegatos de conclusión.

1.4.1. La parte demandante.

Reiteró lo que expresó en la demanda, especialmente que al demandante no se le consignaron sus cesantías por el tiempo que trabajó los años 1994 y 1995 a más tardar el 14 de febrero del año siguiente. Dijo, que no se configuró la prescripción extintiva. Afirmó, que las entidades demandadas deben responder por los derechos.

1.4.2. Municipio de Sincelejo.

Reiteró lo que expresó en la contestación de la demanda. Expresó que carece de competencia para reconocer las cesantías, que esto le corresponde a la Nación-Fomag por lo que dispone la Ley 91 de 1989.

1.4.3. Nación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

No alegó.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. Tomando en cuenta todo lo anterior y para decidir el litigio se deben resolver los siguientes interrogantes que se expresaron en la audiencia inicial:

¿La parte demandante tiene derecho a las cesantías por el tiempo que trabajó los años 1994 a 1995?

¿La parte demandante tiene derecho a que sus cesantías correspondientes a esos años se le consignaran anualmente?

¿Las cesantías correspondientes a esos años se le consignaron anualmente?

¿A la parte demandante en su condición de docente oficial vinculada los años 1994 y 1995 le es aplicable el régimen de cesantías establecido en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998?

¿Se causó a favor de la parte demandante el derecho a la sanción moratoria por la no consignación anual de sus cesantías por el tiempo que trabajó los años 1994 y 1995?

¿Las entidades demandadas deben responder por el reconocimiento y pago de las cesantías y de la sanción moratoria?

¿Se configuró la prescripción extintiva de la obligación de pagar las cesantías y la sanción moratoria?

2.2. Análisis probatorio.

2.2.1. Relación de los medios probatorios recaudados.

- i. Cédula de ciudadanía del demandante.
- ii. Decreto 008 de 1994 expedido por la Alcaldía de Sincelejo, por medio del cual se nombró al demandante en el cargo de maestro seccional de la escuela rural de Chochó (fls. 40-41).
- iii. Acta de posesión No. 0455 del 17 de enero de 1994, del demandante como maestro de la escuela rural de Chochó (fl. 39).
- iv. Resolución No. 0160 del 13 de abril de 2016, expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Sincelejo en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 36-38), por medio de la cual se le reconocieron al demandante cesantías parciales y se ordenó su pago (fls. 36-38).
- v. Petición firmada por apoderada del demandante dirigida a la Secretaría de Educación del municipio de Sincelejo, para solicitar el reconocimiento de las cesantías anualizadas causadas los años 1994 y 1995, indexadas, y la sanción moratoria (fls. 25-29), recibida el 28 de junio de 2018 (fl. 35).

- vi. Petición firmada por apoderada del demandante, dirigida a la Nación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para solicitar el reconocimiento de las cesantías anualizadas causadas los años 1994 y 1995, indexadas, y la sanción moratoria (fls. 31-34), recibida el 4 de julio de 2018 (fl. 30).
- vii. Formato único para expedición de certificados de historia laboral-Experiencia Laboral, de fecha 9 de mayo de 2019, emitido por la Secretaría de Educación (fl. 43).
- viii. Extracto de intereses de cesantías del demandante, expedido electrónicamente por la Fiduprevisora S.A., el 4 de octubre de 2019 (fl. 42).
- ix. Antecedentes administrativos recibidos del municipio de Sincelejo el 6 de abril de 2021, en los que se incorporaron los siguientes documentos:
 - i. Certificado de salarios devengados por el demandante los años 2018 a 2021.
 - ii. La Resolución No. 0160 de 2016 aportada con la demanda y la diligencia de su notificación personal realizada el 2 de mayo de 2016.
 - iii. El oficio al que se refiere el ítem ii del siguiente numeral.
- x. Respuesta del municipio de Sincelejo, recibidas los días 16 y 22 de febrero de 2022, de la solicitud de antecedentes administrativos, que contiene los siguientes documentos:
 - i. Convenio celebrado entre los Ministerios de Educación y de Hacienda y Crédito Público, el Municipio de Sincelejo, el Departamento de Sucre, el 14 de noviembre de 1997 (pág 3-6).

- ii. Oficio de la Dirección de Prestaciones Económicas de la Fiduprevisora S.A., de fecha 22 de octubre de 2018, dirigido a la Oficina de Prestaciones Sociales de la Secretaría de Educación del municipio de Sincelejo, relacionado con el reporte de las cesantías de los años 1994 y 1995 de docentes cofinanciados, entre ellos del demandante (pág. 7-9).
- xi. Respuesta a solicitud probatoria, dada el 17 de marzo de 2022 por la Fiduprevisora S.A. sobre la fecha de afiliación del demandante al Fomag.
- xii. Respuesta de la Fiduprevisora S.A., de fecha 16 de mayo de 2022, a solicitud probatoria, que contiene los siguientes documentos:
 - i. Certificado de extracto de intereses de cesantías expedido el 16 de mayo de 2022, por la Fiduprevisora S.A.-Fomag, al demandante (pag 6-8).

2.2.2. Conclusiones probatorias.

Se demostró que el demandante, el 17 de enero de 1994, se posesionó en el cargo de maestro de la escuela rural de Chochó, en virtud del nombramiento que le hizo la Alcaldía del municipio de Sincelejo por medio del Decreto 008 de 1994. Se probó, que en ese cargo se desempeñó ininterrumpidamente hasta el 9 de mayo de 2018, fecha en la que se expidió el certificado que está en el folio 43 del expediente. No obstante, se debe entender que continuó su vinculación con la entidad, dado que, el municipio de Sincelejo, certificó el 19 de marzo de 2021 los salarios y

prestaciones sociales que el demandante devengó los años 2019, 2020 y hasta el 19 de marzo de 2021⁴.

El 14 de noviembre de 1997, los ministerios de Educación Nacional, Hacienda y Crédito Público, el Departamento de Sucre y el Municipio de Sincelejo, celebraron un convenio de cofinanciación, cuyo objeto fue garantizar la afiliación e incorporación de 31 docentes cofinanciados por la Nación-Ministerio de Educación Nacional y el municipio de Sincelejo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y determinar el pasivo prestacional.

En dicho convenio se pactó que, el fondo únicamente responderá por el pago correspondiente al tiempo en que efectivamente se recibieron cotizaciones para el pago de las prestaciones.

En los 31 docentes cofinanciados quedó incluido el demandante.

Se demostró que el demandante fue afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 14 de noviembre de 1997.

Está probado que el demandante solicitó el reconocimiento y pago de cesantías parciales el 11 de marzo de 2016.

Dicha solicitud fue decidida por la Secretaría de Educación del Municipio de Sincelejo en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones

⁴ Este documento fue aportado por el municipio en el mensaje que remitió el 5 de abril de 2021, por fuera del horario laboral, por lo cual se debe entender presentado el 6 de abril de 2021.

Sociales del Magisterio, con base en la ley 91 de 1989, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005, mediante la Resolución No. 0160 del 13 de abril de 2016.

En la Resolución No. 0160 del 13 de abril de 2016, se anotó que se reportaron las cesantías anuales del docente correspondiente a los años 1996 a 2015; además, que al demandante se le cancelaron cesantías parciales mediante la Resolución No. 0139 del 31 de mayo de 2010 por la suma de \$8.000.000.

Es decir, que según los antecedentes de ese acto administrativo, para la fecha en la que él se expidió, 13 de abril de 2016, el municipio de Sincelejo no había reportado las cesantías del demandante correspondientes al tiempo que trabajó desde el 17 de enero de 1994 al 31 de diciembre de 1995, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Lo anterior, concuerda con la información que está en el extracto de intereses de cesantías del demandante de fecha 4 de octubre de 2019 aportado con la demanda, dado que, en él no se observa información sobre las cesantías del demandante correspondientes al tiempo que trabajó los años 1994 y 1995.

Ahora bien, la Dirección de Prestaciones Económicas de la Fiduprevisora S.A., en el oficio del 22 de octubre de 2018, le comunicó a la Secretaría de Educación del municipio de Sincelejo, que ese año

recibió el reporte de las cesantías de los años 1994 y 1995 de varios docentes, entre ellos del demandante.

Lo anterior concuerda con el extracto de intereses de cesantías del demandante que aportó la entidad demandada Nación-Fomag-Fiduprevisora S.A. el 16 de mayo de 2022, en el que se observa que fueron reportadas las cesantías del demandante de los años 1994 y 1995. No obstante, en el mismo se observa también que no se acumuló el valor correspondiente a ellas, lo que permite afirmar que este no ha sido pagado por la entidad territorial al Fomag.

Por todo lo anterior, entonces, se puede afirmar que está probado que, el municipio de Sincelejo no liquidó, ni consignó en un fondo, la cesantías del demandante correspondiente al tiempo que trabajó los años 1994 y 1995, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente. También se puede afirmar que, el municipio reportó el valor de las cesantías al fondo, pero no ha transferido los recursos.

El 4 de julio de 2018 la parte demandante actuando a través de apoderada, le solicitó a la Nación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Fiduprevisora S.A., el reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas correspondientes al tiempo que trabajó los años 1994 y 1995, indexadas, y la sanción moratoria por la no consignación anual de las cesantías en el fondo a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, con base en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

La entidad no respondió la petición.

El 28 de junio de 2018 la parte demandante le presentó la misma petición al municipio de Sincelejo.

El municipio no respondió.

2.3. Régimen de cesantías de los docentes del sector oficial.

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, para atender el pago de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encontraran vinculados a la fecha de la promulgación de dicha ley, y de los que ingresan con posterioridad (29/12/89).

Acerca del régimen prestacional de los docentes nacionalizados, nacionales y aquellos que se vincularon a partir del 1º de enero de 1990, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señaló:

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

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

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional,

Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.”

En lo que se refiere a las cesantías, el numeral 3 de este artículo señaló:

“3. Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

De lo anterior se infiere que: i) los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad, y ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1 de enero de 1990, sin hacer distinción entre nacionales y nacionalizados, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir los Decretos

3135 de 1968⁵, 1848 de 1969⁶ y 1045 de 1978⁷, o que se expidan en el futuro, esto es, la Ley 344 de 1996⁸, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.⁹

El artículo 6 de la Ley 60 de 1993¹⁰, señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, es decir, para estos docentes rigió el régimen establecido en dicha ley. Igualmente estableció, que el personal docente que continuara con vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

También, el artículo 115 de la Ley 115 de 1994¹¹ previó que el régimen especial de los educadores estatales es el establecido en dicha ley y en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Ahora bien, la obligación de afiliar a los docentes departamentales, distritales y municipales financiados con recursos propios de las

⁵ «Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.»

⁶ «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968»

⁷ «Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.»

⁸ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

⁹ Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 30 de noviembre de 2017, expediente 70001 23 33 000 2014 00290 01; sentencia de la subsección B, del 31 de mayo de 2018, expediente No. 20 001 23 33 000 2014 00111 01, sentencia de la Subsección B, 17 de marzo de 2022, expediente radicado No. 25 000 23 42 000 2018 02314 01.

¹⁰ «Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.»

¹¹ Por la cual se expide la ley general de educación.

entidades territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio surgió con el Decreto 196 de 1995¹², a través del cual se estableció que las prestaciones sociales de los educadores estatales serían reconocidas a través del citado fondo una vez estuvieran debidamente afiliados. Dicha norma también previó, que los docentes departamentales y municipales financiados o cofinanciados mediante convenios por la Nación – Ministerio de Educación Nacional serían afiliados al citado fondo bajo el régimen establecido en la Ley 91 de 1989 y sus decretos reglamentarios o demás disposiciones que lo modificaran.

Además, en su artículo 5 determinó que se debía respetar el régimen prestacional que tuvieran los docentes al momento de su vinculación, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7, el reconocimiento de las cesantías y los intereses sobre las mismas quedaba a cargo de la entidad territorial, cuando se incumpliera la obligación de afiliar al docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Decreto 3752 de 2003¹³, al reglamentar la obligación de afiliación de los educadores del sector oficial de acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989, previó lo siguiente:

“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.

¹² por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.

¹³ “Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones”.

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”.

En el artículo 2º dispuso que las prestaciones sociales de los docentes causadas con anterioridad a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones estarían a cargo de la respectiva entidad territorial o de la entidad de previsión social a la cual se hubieren realizado los aportes.

Por lo anterior, sólo a partir de la afiliación o vinculación del docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es que esta entidad debe responder por el valor de las prestaciones sociales que se causen; antes de su afiliación su reconocimiento le corresponde a la entidad territorial o a la entidad de previsión social a la cual se hubieren realizado los aportes.

2.4. Derecho a las cesantías e intereses de cesantías de los empleados territoriales. La sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990.

La Ley 344 de 1996¹⁴, publicada el 31 de diciembre de 1996, en el artículo 13 estableció la liquidación anual del auxilio de cesantías a todas las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado (Ramas

¹⁴ “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”.

Legislativa y Ejecutiva)¹⁵, a partir de su entrada en vigencia, esto es, el 31 de diciembre de 1996. Dicha norma dispuso:

“**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.”

La anterior norma fue reglamentada por el Decreto 1582 de 1998¹⁶, que extendió el régimen de liquidación de cesantías anualizado a los servidores públicos del nivel territorial y los vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías.

El artículo 1º de dicha norma dispone:

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

Por su parte, la Ley 50 de 1990¹⁷ en su artículo 99 estableció una sanción para el empleador que incumple el plazo para efectuar la consignación del auxilio de cesantías en la cuenta individual del fondo privado

¹⁵ Excepto el personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

¹⁶ “Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia.”

¹⁷ “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

administrador seleccionado por el trabajador, en los siguientes términos:

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

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

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

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

Así las cosas, el régimen anualizado de cesantías, además de contemplar que a 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer una liquidación de las cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, tiene como características que (i) dicho valor se consigne antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija (ii) el pago de intereses de cesantías, correspondientes al 12% anual y (iii) una sanción, consistente en un día de salario, por cada día de retardo, para el empleador que consigne las cesantías, más allá del plazo de gracia concedido para el efecto.

En la sentencia de unificación CE- SUJ004 de 2016 proferida el 25 de agosto de 2016 por la Sección Segunda del Consejo de Estado dentro del expediente No. 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-

16, se fijaron las siguientes reglas sobre el régimen anualizado de cesantías:

- “1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.
- 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.
- 3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.
- 4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.
- 5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos”¹⁸.

Para sustentar la primera regla el Consejo de Estado dijo:

“ Así las cosas, ha de concluirse que respecto de las cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se aplica el fenómeno de prescripción, pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley, que le concede al empleador un término perentorio para realizar el depósito en el fondo administrador al que esté afiliado el empleado y la omisión en el cumplimiento de ese término no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado.

No obstante, cuando se trata de la consignación de las cesantías definitivas, si la mora no se produce por negligencia del empleador, sino por una causa atribuible al empleado, sí procede el fenómeno prescriptivo, pues en tal caso, la omisión de este último en cumplir los requerimientos que el empleador hace para disponer su pago, no puede constituir un beneficio a su favor”.

¹⁸ CITA AL PIE ES DEL TEXTO ORIGINAL. Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, proceso con radicado 08001-23-31-000-2011-00628-01 y número interno 0528-2014.

Ahora bien, el Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda, mediante la sentencia CE SUJII 022-2020 del 6 de agosto de 2020, expediente No. 08001233300020130066601, aclaró la anterior sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, con las siguientes reglas:

“F A L L A

PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la Sección Segunda del Consejo de Estado, para señalar en cuanto a la prescripción de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, las siguientes reglas jurisprudenciales:

- 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.

SEGUNDO: Señalar que las reglas jurisprudenciales que se definen en esta sentencia deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de decisión tanto en vía administrativa como en vía judicial, dejando a salvo por cosa juzgada los conflictos decididos con antelación.

- 2.5. Aplicación del principio de favorabilidad para el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 al personal docente del sector oficial.

La Corte Constitucional en la Sentencia SU 098 de 2018¹⁹, señaló que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, es procedente aplicar lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales, ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG. Al respecto, la Corte dijo:

“(...) en este caso es necesario que la Corte evalúe la posible violación directa de la Constitución, debido a que la interpretación por la que optaron los jueces, implica el desconocimiento del artículo 53 de la Carta Política.

Este mandato constitucional establece una serie de derechos y garantías mínimas fundamentales en favor de los trabajadores, que no pueden ser desconocidos. Entre estos, se encuentra el principio de favorabilidad en la aplicación de las normas jurídicas laborales o en la interpretación de éstas, lo cual supone que el funcionario público deberá optar por dar aplicación a la situación más favorable para el trabajador cuando exista un conflicto de normas jurídicas o dudas en la interpretación de una determinada norma jurídica²⁰.

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

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

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

¹⁹ CITA ES DEL TEXTO ORIGINAL. Expediente T-6.736.200. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²⁰ CITA ES DEL TEXTO ORIGINAL. Sentencias T-401 de 2015 y T-464 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

*Esto, por cuanto 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 2000²¹:*

*“**Artículo 1°.** Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías. **Parágrafo.** Los fondos o entidades públicas, incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo”. (Subraya fuera de texto)*

Así las cosas, aunque los jueces contencioso administrativos expusieron que la anterior normativa no era aplicable a los docentes del sector oficial porque se encuentran cobijados por un régimen especial, y que la norma remite a las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, de lo cual concluyeron que estaban excluidos, omitieron realizar una lectura de la norma en todo su contexto y a la luz de la interpretación que estuviera conforme a la Constitución.

De esta manera, la Sala no comparte el anterior razonamiento, puesto que precisamente las normas que se encuentran en la disposición, en particular, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996. Al respecto, las autoridades judiciales interpretaron el aparte “*sin perjuicio de (...) lo estipulado en la Ley 91 de 1989*” bajo un entendimiento restrictivo, en el sentido de que los docentes estaban excluidos de este contenido de manera categórica.

65. No obstante, como quedó visto en la parte considerativa de esta providencia, existe otra interpretación sobre el alcance de esta norma. Así, en varios pronunciamientos del Consejo de Estado sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en virtud de lo dispuesto en la Ley 50 de 1990 se establece que aunque en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y el Decreto Reglamentario 1582 de 1998 se extiende el régimen de liquidación y pago de las cesantías a los servidores públicos del nivel territorial, también lo es que, en materia prestacional los docentes que se vincularon con posterioridad al 1° de enero de 1990 -que sería el caso del actor, pues su vinculación se efectuó el 31 de marzo de 2003- se encuentran sometidos a las normas de los empleados públicos del orden nacional, según lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

²¹ CITA ES DEL TEXTO ORIGINAL. “Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la Fuerza Pública”.

66. Bajo esta perspectiva, dichos fallos del Consejo de Estado concluyen que no es que los docentes estén excluidos de lo dispuesto en la norma, sino que no son destinatarios de la sanción moratoria que se extendió a los servidores públicos del orden territorial porque no cumplen los requisitos de: (i) reunir la condición territorial ni (ii) estar afiliados a un fondo privado administrador de cesantías de aquéllos creados por la Ley 50 de 1990, pues para eso se creó el FOMAG.

67. Una vez realizada la anterior aclaración, encuentra la Corte que existe una interpretación favorable al actor que no se tuvo en cuenta por el despacho ni la Corporación Judicial, y que se encuentra en el mismo contenido de la disposición en comento, pues allí se establece, en lo pertinente, que los empleados públicos que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del Decreto 1252 de 2000 –el actor se vinculó el 31 de marzo de 2003- tienen derecho al pago de las cesantías en los términos establecidos en la Ley 50 de 1990 y que lo allí dispuesto se aplica aún en el evento en que el servidor público se rija por un régimen especial que regule las cesantías.

Además, el párrafo del artículo 1° del Decreto 1252 de 2000 consagra que los fondos que administran y pagan las cesantías a los servidores referidos seguirán haciéndolo, dentro de los cuales está incluido el fondo del FOMAG. Por tanto, la interpretación que permita concluir que dicha sanción moratoria no es aplicable al actor bajo el argumento de que no cumple la condición de pertenecer a la categoría de servidor público territorial ni la de encontrarse afiliado a un fondo privado, también puede entenderse de manera distinta a la luz de lo dispuesto en el párrafo precitado.

Agregado a lo anterior, como ya se mencionó, el régimen anualizado que establece la Ley 50 de 1990 se extendió al sector público. Específicamente, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 estableció un nuevo régimen de cesantías anualizado y sistema aplicable a las personas que se vincularan con el Estado con posterioridad a su entrada en vigencia. Por otra parte, el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998 acogió la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

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**²²

²² CITA ES DEL TEXTO ORIGINAL. 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.

y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda²³.

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.**

Si bien se ajusta a la Constitución la creación de regímenes especiales, inclusive dentro de los trabajadores del Estado, en este caso se trata de una prestación exigible para todos los trabajadores, por lo cual la discusión está en su forma de garantía. El derecho a la igualdad exige que no se hagan distinciones injustificables entre sujetos asimilables. Los docentes hacen parte de los empleados públicos, a quienes, en general, les aplica la sanción moratoria. En tal medida, se trata de un escenario en el cual todos gozan de una prestación, el auxilio de cesantías, que garantiza la subsistencia ante el desempleo y el acceso a la educación y vivienda. Por ello, un acercamiento que disminuye la protección de la garantía a unos en perjuicio de los otros viola el derecho a la igualdad.

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.

68. Para la Sala, la anterior interpretación no resulta incompatible con el régimen especial que regula la figura del auxilio de cesantías de los docentes porque no afecta los requisitos, términos y competencia para su reconocimiento ni afecta el derecho de los docentes a esta prestación como tampoco genera exclusiones entre los docentes del magisterio, lo cual, al parecer, si se derivaría de la interpretación según la cual solo los docentes del sector territorial tendrían derecho a esta consecuencia legal por el incumplimiento de la consignación de la prestación social del auxilio de cesantías.

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".

²³ CITA ES DEL TEXTO ORIGINAL. 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. (...)"

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.

Acerca del criterio hermenéutico de especialidad, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que este “*permite reconocer la vigencia de una norma sobre la base de que regula de manera particular y específica una situación, supuesto o materia, excluyendo la aplicación de las disposiciones generales*”²⁴ y también que, a través de este principio, en caso de incompatibilidad entre una norma general y una especial, prevalece esta última²⁵ “*sobre la base de que la norma especial sustrae o excluye una parte de la materia gobernada por la ley de mayor amplitud regulatoria, para someterla a una regulación diferente y específica, sea esta contraria o contradictoria, que prevalece sobre la otra*”²⁶.

En este marco, **la Sala advierte que en este caso no se presenta antinomias legales que puedan y deban resolverse a través del principio de especialidad, ya que no se trata de elegir la aplicación de una u otra normativa, pues lo que sucede es que la norma especial carece de regulación respecto a una figura jurídica que sí está presente en la norma general, por tanto, lo que se evidencia es un vacío. Es decir, la normativa que regula el régimen especial de docentes no reguló la materia de la sanción moratoria ni sustrajo o excluyó esta figura jurídica que sí está regulada en la norma general, en consecuencia, no se trata de normas excluyentes que exigen aplicar una u otra sino de disposiciones que se complementan.**

Bajo esta línea argumentativa es importante enfatizar que en este caso no se vulnera el principio de inescindibilidad o conglobamiento, según el cual “*El texto legal así escogido debe (...) aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido*”²⁷, en razón a que, **al elegirse la norma más favorable al trabajador, es aplicable en su totalidad el contenido referente a la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías en los términos previstos en la Ley 50 de 1990.**

Esto es, no se elige parte de su contenido, pues no se aplican de manera fragmentada los contenidos normativos que más favorecen al trabajador con fundamento en distintas fuentes normativas, sino que como quedó expuesto, en el **régimen especial hay una ausencia de regulación de la figura de la sanción moratoria por la no consignación de cesantías (vacío normativo), mientras que**

²⁴ CITA ES DEL TEXTO ORIGINAL. Sentencia C-451 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁵ CITA ES DEL TEXTO ORIGINAL. Sentencia C-439 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²⁶ CITA ES DEL TEXTO ORIGINAL. *Ibidem*

²⁷ CITA ES DEL TEXTO ORIGINAL. Sentencia T-832A de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

el régimen general si la contempla. Así las cosas, se aplica de manera completa la norma especial, excepto en caso de vacío, en donde se aplica el régimen general.

Por otro lado, no debe interpretarse el régimen especial como un aislamiento de las garantías de igualdad y favorabilidad, las cuales no se les deja de aplicar a los docentes. A la luz de lo dispuesto en la Constitución no sólo debe reconocerse que los trabajadores gozan de iguales derechos, sino que en la aplicación de las fuentes deben recibir un mismo tratamiento y ante la duda debe optarse por la interpretación que resulte más favorable en virtud del principio de igualdad de trato y de favorabilidad²⁸, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

(...)

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.**

Cabe anotar que la figura jurídica de la sanción moratoria, que se encuentra en dos fuentes normativas distintas (Ley 50 de 1990 y Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006), se origina en causas disímiles. Por ejemplo, una de ellas es que la sanción que contempla la Ley 50 de 1990 se origina ante la no consignación del empleador en los términos previstos por el Legislador, mientras que la sanción prevista en la Ley 244 de 1995 se da en razón a la solicitud del interesado y la consignación tardía luego de que se emite el respectivo acto administrativo que reconoce la liquidación del auxilio de cesantías, de forma parcial o total, a favor del trabajador. Además, la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, está sujeta al fenómeno de la prescripción²⁹.

Retomando, la no consignación de las cesantías y el pago tardío de las mismas tienen causa generadora y un componente temporal diferente y en el caso de los servidores públicos conviven sin restricción. Es importante recordar que ya existe un pronunciamiento de esta Corporación que establece que los docentes como empleados públicos tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías en aplicación del principio constitucional de favorabilidad, pues no existe justificación constitucional para que a los docentes no le cancelen

²⁸ CITA ES DEL TEXTO ORIGINAL. Sentencia SU-1185 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁹ CITA ES DEL TEXTO ORIGINAL. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 12 de octubre de 2016, Radicación número: 08001-23-31-000-2012-00091-01(1899-14). Consejero Ponente, Sandra Lisset Ibarra Vélez: "La prescripción fue objeto de estudio por la Sección Segunda para señalar que en los asuntos relativos a sanción moratoria, se debe aplicar el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, que prevé que el término de prescripción es de tres (3) años, y se debe contar a partir de la fecha en que la obligación se hace exigible y su interrupción pero solo por un lapso igual, el cual tiene lugar con el simple reclamo escrito del interesado y para el caso de los empleados públicos deberá presentarse ante la autoridad pública competente".

Sobre este mismo aspecto pueden revisarse los siguientes fallos, entre ellos, una sentencia de unificación. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 30 de marzo de 2017 Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00332-01(3815-15) Consejero ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016. Rad. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

la prestación social de las cesantías en tiempo. Por tanto, inobservar esta regla sería desconocer la calidad de empleados públicos que la jurisprudencia constitucional le otorgó a los docentes del sector oficial y lo dispuesto en el artículo 53 Superior acerca del principio de favorabilidad. Así, aunque en este pronunciamiento se resolvió una hipótesis distinta, en la medida en que la sanción que allí se reconoce a los docentes tiene una fuente normativa diferente, la razón de la decisión de la misma es vinculante y no se puede desconocer.

Específicamente, la **Sentencia SU 336 de 2017**³⁰ expuso como uno de los aspectos relevantes aplicable al presente caso que *“(...) El propósito del Legislador al implementar el auxilio de cesantía así como la sanción por la mora en el pago de la misma, fue garantizar los derechos a la seguridad social y al pago oportuno de las prestaciones sociales de los trabajadores, tanto del sector público como del privado, a través de la implementación de un mecanismo ágil para la cancelación de un sustento que se torna básico para aquellos y sus familias”* (Subraya fuera de texto)

Cabe anotar que en este pronunciamiento se aplicó el régimen general de las cesantías de los servidores públicos, en lo que concierne a la sanción moratoria por pago tardío que contempla la Ley 244 de 1995³¹ modificada por la Ley 1071 de 2006³² a los docentes y, en este caso, como quedó visto, se trata de aplicar el régimen general de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías que consagra la Ley 50 de 1990, el cual en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000 se extendió a los servidores públicos, categoría dentro de la cual caben, como ya se expuso, los docentes como empleados públicos.

Por lo tanto, la razón de la decisión de dicha sentencia de unificación es aplicable a este caso pues, excluirlo, implica apartarse de la racionalidad del mismo y desconocer la interpretación que más se ajusta a los postulados constitucionales a la luz del principio de favorabilidad y la cláusula de Estado Social de Derecho.

*70. En este orden de ideas, el despacho y la Corporación Judicial, al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, aplicaron la interpretación más restrictiva para los derechos del docente. En efecto, **los despachos judiciales accionados desconocieron que aunque la norma que establece la sanción***

³⁰ CITA ES DEL TEXTO ORIGINAL. M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo

³¹ CITA ES DEL TEXTO ORIGINAL. “por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones’ (...) Artículo 1°. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley”.

³² CITA ES DEL TEXTO ORIGINAL. “por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación’ (...)

Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.

Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro”.

moratoria por la no consignación de las cesantías en los términos que contempla el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, y el Decreto 1252 de 2000, no esté expresamente consagrada a favor de los miembros del Magisterio, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicar la interpretación más beneficiosa para el trabajador, esto es, que los docentes sí son destinatarios de la norma que consagra la referida sanción, pues esta es la interpretación que más se ajusta a la Constitución.

71. consecuencia, la Sala Plena concluye que los despachos judiciales accionados incurrieron en violación directa de la Constitución, pues desconocieron el principio de interpretación conforme a la Constitución y de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 Superior, al negar el reconocimiento de la sanción moratoria por retardo en el pago de las cesantías, pues ante interpretaciones razonables sobre la norma que consagra esta prestación, eligieron la menos favorable para el docente". (Negrillas y resaltado son del texto original).

2.6. Conclusión: respuesta de los problemas jurídicos que se plantearon para decidir el litigio.

La parte demandante tiene derecho a que el municipio de Sincelejo le reconozca las cesantías por el tiempo que trabajó como docente municipal del 17 de enero de 1994 al 31 de diciembre de 1995.

Lo anterior, dado que no se las ha reconocido ni pagado y el demandante tiene derecho a ellas con fundamento en la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 1 inciso 2º, numeral 3 literal b), art. 6 Ley 60 de 1993, equivalente a un mes de salario por cada año de servicio, sobre el último salario si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

La Nación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no tiene el deber de asumir esa obligación, dado que la afiliación del demandante al fondo se realizó en el 14 de noviembre de 1997, y no se demostró que el municipio le transfirió al fondo los recursos correspondientes a las cesantías del demandante de esos años.

De hecho, respecto de lo anterior se precisa que, en primer lugar, a pesar de que el 14 de noviembre de 1997 el municipio de Sincelejo celebró un convenio de cofinanciación con el Ministerio de Educación, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento de Sucre, en él expresamente se pactó que el fondo únicamente responderá a por el pago de las prestaciones respecto de las cuales recibieron las cotizaciones de la entidad territorial para el pago de las prestaciones; en segundo lugar, si bien el fondo informó el año 2018 al municipio, que recibió el reporte de las cesantías del demandante correspondientes al tiempo que trabajó los años 1994 y 1995, no se demostró que los recursos los transfirió al fondo.

Por tanto, el municipio de Sincelejo debe reconocer y pagarle al demandante las cesantías de esos años, obligación que no se afectó de prescripción, como quiera que el demandante por lo menos para el año 2021 continuaba vinculado con la entidad, y no se afirmó ni se demostró su retiro del servicio; es decir, se configuraron los requisitos de la regla de unificación contenida en la SUJ004 del 25 de agosto de 2016.

De otra parte, se afirma que la parte demandante sí tiene derecho a que sus cesantías correspondientes al tiempo que trabajó los años 1994 y 1995

se le consignaran anualmente. Lo anterior con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, citada³³.

En consecuencia, como quiera que las cesantías correspondientes al tiempo que el demandante trabajó 17 de enero de 1994 al 31 de diciembre de 1995 no se le consignaron anualmente a más tardar el 14 de febrero del año siguiente en que se generó el derecho, con base en lo que dispone la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998 se causó a su favor la sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.³⁴

Sin embargo el municipio de Sincelejo no tiene la obligación de pagar las sumas correspondientes a la sanción moratoria, como quiera que operó la prescripción extintiva, así:

Tiempo laborado	Plazo máximo para consignar las cesantías	Vencimiento de los tres años a partir de la exigibilidad
17-01-94 al 31-12-94	14-02-95	15-02-98
01-01-95 al 31-12-95	14-02-96	15-02-99

La solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria se hizo al municipio el 28 de junio de 2018, cuando se había producido la prescripción de la obligación.

³³ Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda-Subsección A, sentencia del nueve (9) de junio de dos mil veintidós (2022), radicación: 08001-23-33-000-2017-00862-01 (0221-2020). En este caso, se afirmó “se acreditó la causación de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 respecto del auxilio de cesantías de la demandante en los años 1995 a 2002, comoquiera que demostró los supuestos fácticos para ser beneficiaria de la indemnización que reclama”. Se cita este párrafo para hacer notar que se aplicó a cesantías causadas antes de la Ley 344 de 1996 y del Decreto 1582 de 1998.

³⁴ Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda-Subsección A, sentencia del nueve (9) de junio de dos mil veintidós (2022), radicación: 08001-23-33-000-2017-00862-01 (0221-2020).

2.7. Costas.

Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 modificado por la Ley 2080 de 2021 y en el artículo 365 del Código General del Proceso, no se condenará en costas dado que las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente.

3. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

- 3.1. Declara la nulidad del acto administrativo ficto que se configuró porque el municipio de Sincelejo no respondió la petición que el demandante le presentó el 28 de junio de 2018, que le negó el derecho a la liquidación y consignación anual de las cesantías al fondo.
- 3.2. Declara la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- 3.3. Condena al municipio de Sincelejo a que le reconozca y pague al demandante las cesantías correspondientes al tiempo que trabajó del 17 de enero de 1994 al 31 de diciembre de 1995.

La suma anterior deberá reconocerla y pagarla ajustada tomando como base el índice de precios al consumidor, según lo establecido en el artículo 187 inciso final de la Ley 1437 de 2011.

La suma correspondiente a la liquidación de las cesantías deberá consignarla en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al cual el demandante está afiliado.

- 3.4. Declara que se configuró la excepción de prescripción extintiva de la obligación del municipio de Sincelejo de pagarle al demandante la sanción moratoria por la no consignación anual de las cesantías correspondientes al tiempo que trabajó del 1 de enero de 1994 al 31 de diciembre de 1995.
- 3.5. Reconoce como apoderado sustituto de la Nación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al Abogado Cristian Andrés Pineda Pamplona, portador de la T.P. No. 326.402.³⁵
- 3.6. Ordena a la entidad condenada que cumpla la sentencia en los términos y en la forma establecida en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.
- 3.7. Comuníquese y notifíquese la sentencia conforme lo indica la Ley 1437 de 2011 modificada por la Ley 2080 de 2021.

Mary Rosa Pérez Herrera

Jueza

³⁵ Este poder fue recibido en el correo electrónico del juzgado el 31 de mayo de 2022 a las 15:27.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado N°: 70-001-33-33-006-2019-00153-00
Demandante: José Francisco Arroyo Cuello
Demandada: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Departamento de Sucre y Municipio de Sincelejo

Firmado Por:
Mary Rosa Perez Herrera
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
De 006 Función Mixta Sin Secciones
Sincelejo - Sucre

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b6f74e4507aa7e9f166169b82d9116fa54ea7b8751ea0d4df1c1d1a45e14bf55**

Documento generado en 27/09/2022 06:09:43 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>