

169

Hermes Enrique Bracho Carrillo

Abogado

Calle 99 No. 56-48 apto 1005 Barranquilla. Celular: 300 465 5846
Email: hbracho27@hotmail.com

Honorables Magistrados:

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA
M.P. Dra. MARIA VICTORIA QUIÑONEZ.
E. S. D.

GRABADO

PROCESO:	Contencioso Administrativo
MEDIO DE CONTROL:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE:	GUSTAVO MANUEL RUIZ MUÑOZ, CC. No 8.697.182
DEMANDADAS:	La Nación-Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Magdalena – Secretaria de Educación y el Municipio de Sitionuevo (Mag.).
RADICADO:	47-001-2333-000-2019-00177-00

ALEGATOS DE CONCLUSION.

HERMES ENRIQUE BRACHO CARRILLO, también mayor de edad, vecino de la ciudad de Barranquilla, identificado con C.C. N° 12.721.311 de Valledupar, abogado titulado y en ejercicio, portador de la T. P. No 80.598 del C. S de la J. en mi calidad de apoderado especial de la parte Demandante **GUSTAVO MANUEL RUIZ MUÑOZ**, por medio del presente escrito me dirijo a ustedes y estando dentro del término legal para presentar **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN** de conformidad con los siguientes aspectos que a continuación me permito exponer:

I. LO PROBADO DENTRO DEL PROCESO

En el expediente está demostrado, con pruebas legamente producidas, que efectivamente mi poderdante es servidor(a) público(a) nombrado(a) por el Municipio de Sitionuevo (Mag.) y activo(a) hasta la fecha; que el Municipio de Sitionuevo (Mag.) y sus solidarias La Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Magdalena – Secretaria de Educación no han consignado sus cesantías correspondiente al año de 1998 y 1999 inclusive., en el plazo que establece la Ley. Así mismo está probado el valor en pesos colombianos del salario mensual devengado por el actor, por lo que resulta sencillo deducir el valor de su salario por día, por tanto, son responsables de consignar las cesantías, pagar los intereses sobre las cesantías y pagar una sanción moratoria por infringir la ley al no consignar oportunamente las cesantías.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CESANTÍA, INTERESES Y SANCIÓN MORATORIA.

Para la jurisprudencia constitucional, el auxilio de cesantía se erige en una de las prestaciones más importantes para los trabajadores y su núcleo familiar, como también en uno de los fundamentos más relevantes del bienestar de los mismos, en cuanto se considera el respaldo económico de sus titulares para el acceso a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida de la población asalariada. Aunado a lo anterior, en caso de mora en el pago de este auxilio, así como sus intereses, la entidad responsable de la obligación tiene el deber de reconocer y pagar de sus propios recursos, una sanción moratoria consistente en un día de salario por cada día de retardo, hasta tanto se haga efectivo el pago. Para lo cual, solamente es necesario que el afectado acredite la no cancelación dentro del término previsto en las disposiciones legales.

En sentencia de revisión de fecha 15 de enero de dos mil quince 2015) en el expediente T-4.501.911, la Corte Constitucional precisó:

El régimen laboral colombiano consagra unas garantías y beneficios de contenido económico a favor del trabajador vinculado mediante contrato laboral llamadas prestaciones sociales, las cuales, si bien no constituyen salario porque no corresponden técnicamente a una remuneración por su trabajo, sí lo complementan y refieren a una contraprestación que debe asumir el empleador con la finalidad de cubrir los riesgos a los que está expuesto el trabajador.

Dentro de las mencionadas prestaciones se encuentra el auxilio de cesantía, el que es asumido por el empleados y actualmente se encuentra reconocido por la legislación laboral en el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que señala: "todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año". Este Tribunal en la sentencia C-823 de 2006, refirió a la naturaleza jurídica, significado e importancia de la cesantía como prestación social, así:

"La concepción sobre la naturaleza jurídica de esta prestación ha variado, a través de las diversas legislaciones que han regido la materia. Así, conforme a la Ley 10 de 1934, que estableció este auxilio para los empleados del sector privado, se le imprimió un carácter indemnizatorio que operaba por despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato, comprobados.

La ley 6ª de 1945, extendió el auxilio de cesantías a los obreros pertenecientes al sector privado, y a todos los trabajadores oficiales de carácter permanente, manteniendo su carácter indemnizatorio.

La Corte Suprema de Justicia así lo entendió, en su momento, al reconocer el correlativo efecto sancionador para el empleador en caso de despido injusto: 'Su razón de ser – del auxilio de cesantía – era en primer término la de estabilizar al trabajador en su cargo y aparece como una especie de sanción para el patrono que despidiera sin justa razón a su empleador'.

La ley 65 de 1946, replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que éste auxilio debe ser pagado cualquiera que fuese el motivo del retiro. De esta forma se despojó de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una prestación social. Éste es el carácter que le atribuye el Decreto 2663 de 1950, mediante el cual se sancionó el Código Sustantivo del Trabajo, adoptado por la Ley 141 de 1961, que en el capítulo VII regula el auxilio de cesantía, como un aparte del título VIII, relativo a las 'Prestaciones Patronales Comunes'.

Bajo esta concepción el auxilio de cesantía se erige en una de las prestaciones más importantes para los trabajadores y su núcleo familiar, y en uno de los fundamentos más relevantes del bienestar de los mismos, en cuanto se considera el respaldo económico de sus titulares para el acceso a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida de la población asalariada."

En tal medida, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el auxilio de cesantía es un derecho irrenunciable de todos los trabajadores que debe asumir el empleador, con el doble fin de que el empleado pueda atender sus necesidades mientras permanece cesante y además pueda, en caso de requerirlo, satisfacer otros requerimientos importantes como vivienda y educación. En la sentencia C-310 de 2007, la Corte señaló que "la cesantía consiste en una prestación que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, estableciéndose un mecanismo que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantía-, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda.

Siguiendo con la evolución legislativa, en la sentencia T-705 de 2012, la Corte destacó que el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 modificó el sistema de liquidación, reconocimiento y pago de cesantías en el sector privado, a través de la creación de los fondos de cesantías. Posteriormente, la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998 extendieron este sistema al sector público. Igualmente, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 estableció un nuevo

régimen de cesantías anualizado y el sistema aplicable a las personas vinculadas con el Estado. Por otra parte, el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 acogió la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

En lo concerniente al pago de intereses sobre este auxilio, se ha establecido que el mismo obedece a que la cesantía ha sido concebida como un patrimonio que se va forjando día a día por el asalariado, y que permanece en poder de los empleadores mientras subsiste el contrato de trabajo. Por tanto, la legislación laboral ha previsto que la empresa pague al trabajador intereses sobre ellas, correspondientes al 12% anual sobre el valor liquidado al 31 diciembre. Ello a fin de compensar la pérdida de valor del dinero por el tiempo transcurrido entre la causación de la prestación y su cancelación al trabajador.

A partir de las consideraciones normativas y conceptuales expuestas, todo empleador está en la obligación de consignar el valor de esta prestación social dentro de los términos legalmente establecidos, so pena de incurrir en una sanción moratoria, por desestabilizar las relaciones laborales y consecuentemente desconocer una de las prerrogativas fundamentales que rigen este tipo de vínculo jurídico.

Conforme a lo anterior, todo empleador debe responder por esta obligación, sin que resulte admisible que el empleador advierta un problema de afiliación o certeza en cuanto a su obligación, para eludir la responsabilidad que le asiste en cuanto a este auxilio

III. PRESCRIPCIÓN

Acogiendo la abundante jurisprudencia está claro que mientras esté vigente el vínculo laboral, no se puede hablar de prescripción de la cesantía y si no hay prescripción de las cesantías como prestación principal que es, no habrá prescripción de la sanción moratoria como prestación accesoria de las cesantías, regida esta por la ley 344 de 1996 y sus normas complementarias, es decir si no prescribe lo principal por obvias razones no puede prescribir lo accesorio, esta consideración, nos conlleva a que, para que surja el derecho para demandar la sanción moratoria que nos ocupa, debe generarse una omisión de consignar las cesantías por parte del patrono, si no se genera esta omisión obviamente que no surgirá el derecho para demandar la sanción moratoria regida por la ley 344 de 1996 y sus normas complementarias y precisamente por no haber consignado las cesantías las demandadas en el presente proceso, mi poderdante está pretendiendo que se le consignen las cesantías y como castigo por esta omisión se sancione por la justicia contenciosa a las demandadas pagando un día de salarios por cada día en que haya incurrido de mora.

Contrario es cuando se pretende la sanción moratoria, cuando quien la solicita ya **no** tiene el vínculo laboral vigente, en este caso, la sanción moratoria se convierte en una pretensión principal y como tal puede demandarse, operando en este caso el fenómeno de la prescripción de los tres años que otorga la ley.

Es dable traer a colación el caso de la sanción moratoria regida por la ley 244 de 1995 y 1071 de 2006, que, para demandarla, se requiere que esté convertida en una prestación principal y para ello se requiere que las cesantías hayan sido reconocidas, pagadas y que no se hayan violado los términos establecidos en la normatividad enunciada, o sea que si no se reconocen y pagan dentro de los 70 días que otorga la ley, surge la sanción moratoria como prestación principal y el derecho a demandarla.

En el negocio que nos ocupa, estamos demandado la prestación principal que es la consignación de las cesantías y la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y los intereses a las cesantías que anualmente generan las cesantías, es decir, son tres pretensiones una como principal que es la consignación de las cesantías y dos accesorias a esta que son la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y los intereses del 12% que anualmente debe pagar el patrono o fondo donde se encuentre afiliado el trabajador.

Concluimos que la prescripción para la sanción moratoria regida por la ley 344 de 1996 y sus normas complementarias, comenzará a correr una vez se consignen las cesantías, hacer el conteo antes de, es violar el debido proceso y el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley a los trabajadores de este país.

En la actualidad el Demandante en este proceso, se encuentren en pleno ejercicio de sus funciones; por ende, es totalmente inoperante e inválida la prescripción, pues queda claro que la prescripción empieza a operar solo a partir de que la obligación se hace exigible, esto es, cuando termina la relación laboral. Así lo ha establecido en su jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, al hacer alusión a la forma en que se contabiliza el término de los tres (3) años de prescripción señalados en las normas de los artículos 151 del C.P.L.; 488 del C.S.T. y art. 41 del Decreto Nacional 3135 de 1968, que al unísono y en forma concordante establecen lo siguiente: “Artículo 41. Las sanciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligaciones se haya hecho exigible”.

De igual forma, el Decreto Nacional 1848 de 1969 “por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968” establece: “Artículo 102.- Prescripción de acciones. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible”.

Las normas anteriores son concordantes y remiten a la Ley 50 de 1990, que en el artículo 99 preceptúa lo siguiente; “Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características: 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 por cada día retardo. (...)”.

Por otro lado, se hace exigible interpretar las normas anteriores observando que el término de prescripción de los tres años, se empiezan a contar desde la ocurrencia de la obligación, es decir, desde que esta se hace exigible y hasta cuando aún concurre esa exigibilidad para la entidad que tiene la obligación. Tenemos entonces, que la entidad empleadora mantiene la obligación de consignar las cesantías y de reconocer y pagar la sanción moratoria establecida en las normas de la Ley 344 de 1996, Decreto 1582 de 1998, artículos 99 a 104 del Código Sustantivo del Trabajo; por el retardo y la mora en la actuación de la consignación de los auxilios de cesantías correspondientes a las anualidades de 1998 y 1999 inclusive, teniendo claro que hasta la fecha de prestación de los alegatos, no se ha realizado consignación alguna de las referidas anualidades a favor de mi representado(a).

Valido es referirle al(a) señor(a) Magistrado(a), la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2014; Magistrado Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón, Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, demandante: Javier Enrique Muñoz Frutos, expediente N° 201200339, cuyo aparte permite me permito tener a colación:

(...) “Como se observa, el término de prescripción de tres años se debe contar desde la obligación se hace exigible.

En el presente asunto, se pretende el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no cancelación oportuna de las cesantías casadas por el actor correspondiente a los periodos entre el 1 de julio de 2005 y el 31 de diciembre de 2007 y por los años 2008 y 2010.

En principio podría pensarse que en este asunto se configura en forma parcial la excepción de prescripción, como quiera que la mora en que incurrió la entidad demandada empezó a correr desde el día 15 febrero de 2006 por las cesantías de 2005, de 2007 por las de 2006, de 2008 por las de 2007, de 2009 por las de 2008 y de 2011 por las de 2010 y la solicitud de pago de la referida sanción se presentó solo hasta el 24 de agosto de 2011.

No obstante, considera la Sala que no se le puede imponer al servidor la obligación de reclamar el derecho (cesantías) desde el momento en que se empieza a contar el termino prescrito para que se configure la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, es decir, desde el 15 de febrero de cada uno de los años referidos, pues su monto solo se determina cuando se verifica la consignación en el Fondo o cuando el trabajador se percata de que el valor corresponde al auxilio de sus cesantías no está consignado en su cuenta individual. (...)

La obligación de consignar que tiene el empleador, no supone que su misión en ese sentido haga exigible desde ese momento el auxilio de cesantía correspondiente a la anualidad o fracción de año en que se causó, pues la exigibilidad de esa prestación social, se inicia desde la terminación del vínculo laboral, momento en que de acuerdo con el numeral 4º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, surge para el empleador la obligación de entregar directamente a su ex – servidor los saldos de cesantía que no haya consignado en el fondo, así como los intereses legales sobre ellos que tampoco hubiese cancelado con anterioridad, contrario a los intereses legales sobre ellos que tampoco hubiese cancelado con anterioridad, contrario a lo ocurrido en este asunto en que el vínculo laboral se encuentra vigente. (...).

Por lo anterior, observa la Sala que mientras esté vigente el vínculo laboral. No se puede hablar de prescripción de la cesantía, la cual se deduce la interpretación sistemática tanto de los artículos 98 y 99 de la Ley 50 de 1990, como los artículos 25, 53 y 58 de la Constitución Política (...).

En el mismo sentido, traemos una sentencia reciente de fecha 27 de agosto de 2015, consejera ponente Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Sección Segunda, Subsección "B" del Consejo de Estado, demandante: CECILIA CAPDEVILLA CARABALLO, expediente N° 08001233100020110094101, en la cual modifíco el fallo de primera instancia, y concedió las pretensiones de la demanda, liquidando anualidad por anualidad.

Así mismo, le pedimos se sirva acoger en el caso sub judice el pronunciamiento emitido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B" de fecha 22 de Enero de 2015, C.P. Dra. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, Expediente N° 4346-13, Actora: MARIA DEL SOCORRO CHISMAS ACEVEDO, en la cual se desarrolla en su totalidad lo concerniente al cómputo del termino de prescripción, de acuerdo a la Ley 344 de 1.996, per se sostiene el criterio en cuanto a que si la relación laboral se encuentra vigente, el término de prescripción se comenzara a contabilizar a partir de que finalice el vínculo laboral, en las acciones de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Se concluye entonces que para efectó de contabilizarse el término de la prescripción de la sanción moratoria establecida en la Ley, debe tenerse como inicio del conteo el momento de la terminación de la vinculación laboral, que es cuando verdaderamente se causa o hace exigible la prestación social; así lo dejó establecido en dos recientes sentencias, siendo éstas: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección "B", C.P: Gerardo Arenas Monsalve, fallo del 5 de septiembre de 2014. Referencia: 2709-2013, Actor: INES AMINTA MELENDEZ MUÑOZ, Demandado: MUNICIPIO DE MALAMBO – ATLÁNTICO y Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección "B", C.P: Gerardo Arenas Monsalve, fallo del 18 de noviembre de 2014, Referencia: 0639-2014, Actor: JULIO OROZCO, Demandado: MUNICIPIO DE SANTO TOMÁS – ATLÁNTICO.

IV. PORQUE AL DEMANDANTE EN SU CONDICION DE DOCENTE TIENE EL CARÁCTER DE SERVIDOR PUBLICO Y LE ASISTE EL DERECHO AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA SANCION MORATORIA

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profirió la Sentencia de Unificación **Sentencia SU098/18 de fecha 17 de octubre de 2018 en donde dispuso:**

[.....]

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.

9. 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.

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*"¹ y también que, a través de este principio, en caso de incompatibilidad entre una norma general y una especial, prevalece esta última² "*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*"³.

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 conglobamento, 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*"⁴, 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

¹ Sentencia C-451 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

² Sentencia C-439 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³ *Ibidem*

⁴ Sentencia T-832A de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

de cesantías (vacío normativo), mientras que 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 favorabilidad⁵, lo cual, además, encuentra sustento en el artículo 4° de la Constitución Política.

10. Tampoco puede ser de recibo la interpretación del Tribunal, en el sentido que como el docente se vinculó en el año 2002, para esa época no existía el deber de afiliarlo al FOMAG ni tampoco la responsabilidad de consignar cada año el auxilio de cesantías, a lo cual, agrega, que de esta conducta no se genera ningún tipo de consecuencia, cuando el accionante prestó sus servicios desde el año 2004 hasta el año 2007. No obstante, como lo dijo la Sección Segunda del Consejo de Estado, a partir del Decreto 3752 de 2003 los docentes deben estar afiliados al FOMAG y su incumplimiento genera responsabilidades, aunque tampoco manifestó cuáles son ante la irregularidad que detectó y que dio por superada ante su afiliación el 19 de octubre de 2007⁶.

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 prescripción⁷.

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 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.

⁵ Sentencia SU-1185 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁶ Folio 36, Cuaderno principal

⁷ 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.

Específicamente, la **Sentencia SU 336 de 2017**⁸ 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 1995⁹ modificada por la Ley 1071 de 2006¹⁰ 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.

11. 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 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.

12. En 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.

Conclusiones y decisión a adoptar

13. Del análisis del caso planteado, se derivan las siguientes conclusiones:

⁸ M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo

⁹ "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".

¹⁰ "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".

- El auxilio de cesantías: (i) es una prestación social que se apoya los artículos 42 y 48 Superiores; (ii) es irrenunciable; (iii) su fin es que el trabajador pueda atender sus necesidades mientras permanece cesante y además que, en caso de requerirlo, acceda a vivienda y educación; y (iv) es una de las prestaciones más importante para el trabajador y su núcleo familiar¹¹.
- En principio, las normas sobre cesantías que establece la Ley 50 de 1990 sólo eran aplicables a los trabajadores que se vinculaban mediante contrato de trabajo y que se regían por las normas del Código Sustantivo del Trabajo. No obstante, con la expedición de la Ley 344 de 1996, artículo 13, reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, el régimen anualizado de cesantías se extendió a todas las personas que se vincularan con los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996.
- La Ley 50 de 1990 (i) no hace referencia explícita a los docentes; y (ii) aplica para los trabajadores que se vinculen mediante contrato de trabajo y se rigen por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, y también a todas las personas que se vinculen con los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996.
- El principio de favorabilidad es una herramienta consagrada por el Constituyente para dirimir los conflictos laborales que puedan surgir de la aplicación tanto de fuentes formales de derecho como de la interpretación que de éstas se pueda desprender. Cuando concurren interpretaciones y, a partir de ello, se genera una duda razonable y seria respecto de la aplicación de una u otra lectura, el operador jurídico (incluido el juez) siempre debe optar por la alternativa que más favorezca al trabajador/pensionado, so pena de infringir un mandato constitucional.
- El principio de favorabilidad como mandato constitucional debe guardar consonancia con el principio de inescindibilidad, en este sentido su armonización consiste en que una vez se elige la norma más favorable, esta debe aplicarse en su totalidad sin escindir su contenido.
- La existencia de regímenes especiales se encuentra conforme a la Constitución siempre que no supongan un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores en comparación con el régimen general. Todo tratamiento dispar que no sea razonable configura un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta.
- La **Sentencia C-928 de 2006** no prohibió que se efectúen remisiones al régimen general cuando una persona se encuentre amparada por un régimen especial, sino que tan solo se limitó a decir que la existencia de regímenes especiales no puede considerarse discriminatorio *per se* sin analizar previamente las particularidades de cada caso en concreto, pues como quedó visto, todo tratamiento inequitativo que no sea razonable a la luz de los postulados constitucionales constituye un acto discriminatorio, y así lo ha determinado esta Corporación en casos como los que se reseñaron en el fundamento jurídico 53 de esta providencia.
- Es lógico exigir que, en el sistema anualizado, se requiera la afiliación y el pago oportuno del auxilio de cesantías, ya que la consignación es la manera de garantizar el pago oportuno y la protección ante los eventos de desempleo o para el acceso a vivienda y educación. Además, una lectura contraria que excluya a los docentes del goce de esta protección constituye una violación al derecho a la igualdad, en tanto se determina una distinción injustificada entre trabajadores del Estado.
- En este caso no se presentan 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. En este caso particular, se trata de que la norma especial carece de regulación respecto a una figura jurídica que está presente en la norma general. 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 está prevista en el régimen general. En consecuencia, no se trata de normas excluyentes que exigen aplicar una u otra, sino de disposiciones que se complementan.

¹¹ Sentencia T-008 de 2015. Corte Constitucional. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

- En este caso no se vulnera el principio de inescindibilidad o conglobamento, al elegirse la norma más favorable al trabajador, pues 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, ya que 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 el régimen general si la contempla. Así las cosas, se aplica de manera completa la norma especial, excepto en caso de vacío normativo, en donde es posible acudir al régimen general.
- 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 de los principios de igualdad de trato y de favorabilidad, lo cual además se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el artículo 4° de la Constitución Política.
- Existen casos en los que esta Corporación ha aplicado el régimen general a personas que están amparadas por un régimen especial sin que esto signifique el desconocimiento del principio de inescindibilidad. Tal es el caso de la aplicación de la norma sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías a los servidores públicos por pago tardío, que esta Corporación en sentencia de unificación, aplicó a los docentes oficiales.
- Los despachos judiciales accionados incurrieron en violación directa de la Constitución, pues desconocieron el principio 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.

V. PORQUE SE DEMANDA AL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.

Porque la Legitimación en la causa radica en el Ministerio de Educación Nacional en cuya estructura está adscrito el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en fallo de Segunda Instancia de fecha 26 de octubre de 2017, Consejero Ponente Cannelo Perdomo Cuéter, Tema Sanción moratoria, Proceso Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Expediente 08001-23-33-000-2012-00362-01(1800-2014)

Precisó:

De lo anterior se infiere que a la Secretaría de Educación del ente territorial al cual pertenece la docente peticionaria se le confía la función de elaborar el proyecto de resolución que reconozca o niegue una prestación social, resolución que con posterioridad debía aprobar o improbar la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ello, en todo caso, en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional y del referido Fondo de Prestaciones.

En efecto, no hay duda de que es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.

A guisa colorario de lo anterior, es claro para la Sala que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el que tiene la obligación de reconocer y pagar los derechos prestacionales de los docentes y si bien la Ley 962 de 2005 establece un trámite para el reconocimiento de las prestaciones sociales, el cual fue reglamentado por el Decreto 2831 de 2005, en el que actúa la secretaria de educación del ente territorial para el

174

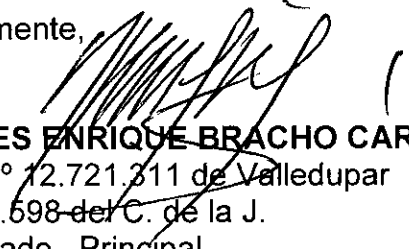
cual labora el docente y la sociedad fiduciaria, es al citado Fondo al que el legislador le otorgó la obligación de reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes, cuando dispuso « [...] Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo [...] ».

Ahora, como el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado como «[...] una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica[...]», su representación judicial corresponde a la Nación - Ministerio de Educación Nacional, en virtud del mandato contenido en el artículo 159 (inciso 2º)7 del CPACA, razón por la cual es únicamente la Nación - Ministerio de Educación Nacional, la persona jurídica legitimada en la causa por pasiva para actuar en el presente asunto.

Por lo tanto, como la accionante tan solo demandó al municipio de Piojó y al departamento del Atlántico se configura la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva alegada

PROSPERIDAD DE LAS PRETENSIONES

Por todo lo anterior, de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, se abre paso, a mi juicio, a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Pido a los Honorables Magistrados despachar en forma favorable las suplicas de la demanda.

Atentamente,

HERMES ENRIQUE BRACHO CARRILLO
C.C. N° 12.721.311 de Valledupar
T.P. 80.698 del C. de la J.
Apoderado Principal

87894

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA	
FECHA:	24 SEP 2019
HORA:	5:45 PM
FOLIOS:	11
FIRMA:	Yamile