

RÉGIMEN ANUALIZADO DE CESANTÍAS – Características

El régimen anualizado tiene las siguientes características: i) Destinatarios: **Servidores públicos del nivel territorial** vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los **fondos privados administradores de cesantías**; ii) Liquidación: Cada 31 de diciembre, por la anualidad o por la fracción correspondiente, diferente a la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo; iii) Intereses: Legales del 12% anual o proporcionales por fracción; iv) Sanción moratoria: Un día de salario por cada día de retardo cuando el empleador no consigne el valor liquidado antes del 15 de febrero de cada año.

DOCENTES – Clasificación

La Ley 91 de 1989 (...) consagró que los docentes oficiales se agruparían así: (i) en el **personal nacional**, el cual reúne a los docentes nombrados por el Gobierno Nacional; (ii) el **nacionalizado**, cuyo ingreso se efectúa mediante nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esa fecha de conformidad con lo previsto en la Ley 43 de 1975; y(iii) el **personal territorial**, en el cual se encuentran los docentes por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la mencionada ley, relativo a la creación de nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria

RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES DEL SECTOR OFICIAL- A partir del 1 de enero de 1990 se aplica las normas de los empleados del orden nacional

Los docentes oficiales, la ley regula dos situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación: **1) Docentes nacionalizados, antes territoriales**, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, quienes mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. **2) Docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados**, se les aplicará las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, esto es, la Ley 344 de 1996, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989. Así, en virtud de lo dispuesto por la Ley 344 de 1996 y la Ley 91 de 1989, aquellos docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, **sin lugar a distinción entre docentes nacionales y nacionalizados**, se regularán por las normas de los **empleados públicos del orden nacional**. (...) De las normas expuestas en precedencia, se establece que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, los docentes 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** que establece un sistema anualizado, sin retroactividad y pago de intereses a sus beneficiarios **NOTA DE RELATORÍA** : Consejo de Estado – Sección Segunda – Sala Plena Contenciosa de la Sección Segunda , sentencia de unificación Sentencia de Unificación CE-SUJ2 del 14 de abril de 2016

SANCIÓN MORATORIA DOCENTE - Beneficiarios servidores territoriales con vinculación a partir del 31 de diciembre de 1996 afiliados a fondos privados

Le asiste razón al apoderado del departamento del Atlántico al manifestar que a la demandante no le es aplicable la penalidad pretendida, en razón a que debido a la fecha de su vinculación está regulada en materia prestacional por las normas de los empleados públicos del orden **nacional**, por lo que no es destinataria de la sanción moratoria extendida por disposición expresa del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998, **a los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías**, requisitos que no cumple la docente, pues no reúne la condición de territorial y tampoco se encuentra afiliada a un fondo privado administrador de cesantías de aquellos creados por la Ley 50 de 1990; máxime cuando la finalidad del legislador fue precisamente la creación del FOMAG para atender las prestaciones sociales de los docentes del sector oficial, cuyos recursos provienen por disposición legal, de la Nación.

FUENTE FORMAL: LEY 50 DE 1990 / LEY 344 DE 1996 / DECRETO 1582 DE 1998 / LEY 91 DE 1989

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00228-01(2092-16)

Actor: ELVIRA CECILIA GÓMEZ VILORIA

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO Y MUNICIPIO DE SABANALARGA.

Asunto: Docente – Sanción moratoria artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011

I. ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 4 de noviembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por la cual se condenó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional –

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, departamento del Atlántico y al municipio de Sabanalarga, al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990¹, por la no consignación oportuna de las cesantías correspondientes a las anualidades 2001, 2002 y 2003.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

2. La señora Elvira Cecilia Gómez Viloría, a través apoderado judicial legalmente constituido, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011, demandó a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio², al departamento del Atlántico y al municipio de Sabanalarga³.

2.1.1 Pretensiones.

a. Declarar la nulidad de los actos administrativos por los cuales se le negó el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 y demás normas complementarias, los cuales se enuncian a continuación⁴:

¹ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

[...]

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 el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

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

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

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

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

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

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

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

² En adelante FOMAG.

³ Demanda presentada el 4 de abril de 2014. Folios 2 a 12 del expediente.

⁴ Según se observa del escrito de subsanación de la demanda que obra a folio 36 del expediente.

1) Oficio del 17 de septiembre de 2013⁵, expedido por el alcalde municipal de Sabanalarga.

2) Oficio 3397 del 9 de octubre de 2013⁶, proferido por el Secretario de Educación Departamental del Atlántico.

b. En consecuencia de la anterior declaración y como restablecimiento del derecho, solicitó condenar a las entidades demandadas, a título de sanción moratoria, a un día de salario por cada día de retardo en **el incumplimiento en la consignación de las cesantías por las anualidades del 2001, 2002 y 2003**.

c. Condenar a las entidades demandadas a la indexación de los valores que resulten de la condena y los intereses moratorios, de conformidad con los artículos 187 incisos 4 y 192 del CPACA.

3. Las anteriores pretensiones se sustentan en los siguientes hechos relevantes que se extraen de la demanda y de los documentos aportados con esta⁷:

2.2. Fundamentos fácticos.

a. La demandante manifestó que fue vinculada como docente de la planta del municipio de Sabanalarga desde el 26 de diciembre de 2000, y en el 2003 asimilada al departamento del Atlántico, inscrita en el Escalafón Nacional Docente, grado 10^o, sin que le consignaran sus cesantías correspondientes a las anualidades de 2001, 2002 y 2003 dentro del plazo legal previsto para el régimen anualizado⁸.

b. Adujo que debido al incumplimiento de las entidades demandadas, se hicieron acreedoras de la sanción moratoria desde la fecha en que se hizo exigible la

⁵ Según se observa a folio 23.

⁶ Según se observa a folios 25 a 26.

⁷ Folios 5 y 6 del expediente.

⁸ «Conjunto normativo de la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 de 1998 y remisión a la normatividad del artículo 99 a 104 de la Ley 50 de 1990, que regula el régimen legal de cesantías de estos trabajadores.»

obligación laboral, sin que a actualmente se haya efectuado la consignación o el pago del valor adeudado por concepto de la penalidad.

c. Indicó que por lo anterior, elevó petición el 9 y 13 de septiembre de 2013, ante las entidades demandadas respectivamente, con el objeto de obtener el reconocimiento de la aludida sanción, frente las cuales se expidieron los actos administrativos acusados a través del presente medio de control.

2.3. Normas violadas y concepto de violación.

4. Invocó como normas desconocidas las siguientes disposiciones⁹: artículos 13, 29, 53 y 209 de la Constitución Política; 13 de la Ley 344 de 1996; 1 del Decreto 1582 de 1998; numeral 3, artículo 99 de la Ley 50 de 1990; 21 y ss. del Decreto 1063 de 1991; numeral 1º del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil; y 83, 138, y 192 del CPACA.

5. Señaló que no es cierta la motivación de los actos demandados atinente a la carencia de los recursos, por lo que desconocieron el mandato constitucional previsto en el artículo 53 Superior, relativo a la irrenunciabilidad mínima de las garantías laborales.

6. Arguyó que las decisiones de la administración fueron expedidas con infracción del artículo 13 de la Ley 344 de 1996¹⁰, toda vez que a partir de la vigencia de la citada ley, se contempló que las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado serían beneficiarios del régimen anualizado de cesantías, y del Decreto reglamentario 1582 de 1998¹¹ que extendió la sanción moratoria de

⁹ Folios 7 y 8 del expediente.

¹⁰ «por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.

[...]

Artículo 13º.- 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;

¹¹ « 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.»

dicho sistema prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990¹² en el evento en que no se efectúe la consignación del valor liquidado anualmente con anterioridad al 14 de febrero de cada año, a los servidores públicos del nivel territorial que ingresaran con posterioridad al 31 de diciembre de 1996.

2.4. Contestación de la demanda.

7. El **municipio de Sabanalarga**, se opuso a las pretensiones de la demanda¹³, al considerar que la administración no tiene certeza sobre el derecho reclamado por la demandante, pues lo solicitado por este no aparece enlistado en las acreencias incorporadas en el proceso de reestructuración celebrado con fundamento en la Ley 550 de 1999¹⁴, por lo que no es procedente la sanción moratoria pretendida, en tanto las obligaciones objeto de inclusión en el mencionado acuerdo serán aquellas existentes dentro de los estados financieros de la entidad territorial, y las que fueron reclamadas por los interesados dentro de las oportunidades legales que contempla la citada disposición, las cuales fueron desestimadas por la actora.

8. En igual sentido, adujo que las disposiciones que consagran la penalidad pretendida no son aplicables a los docentes del sector oficial, por cuanto, se encuentran regulados por la Ley 91 de 1989¹⁵, normativa que no consagra la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías.

9. Manifestó que conforme al artículo 88 de la Ley 1328 de 2009¹⁶, la sanción por mora no podrá exceder el doble del interés bancario corriente vigente a la fecha

¹² « Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

[...]

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 el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.»

¹³ Folio 70 a 74 del expediente.

¹⁴ «por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley.»

¹⁵ «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»

¹⁶ «Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.

[...]

establecida para el pago; y finalmente, propuso la excepción de prescripción trienal de todos los derechos no reclamados dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad.

10. El **departamento del Atlántico**, frente a los hechos expuestos en la demanda¹⁷, señaló que el acto acusado se encuentra ajustado a derecho, toda vez que conforme a la sentencia de la Corte Constitucional C-928 de 8 noviembre de 2006¹⁸, el régimen de cesantías aplicable a la actora no es el que ella pretende, pues las prestaciones sociales de los educadores vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1990, se liquidan anualmente y sin retroactividad de acuerdo a lo consagrado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989¹⁹, norma especial de carácter preferente sobre las disposiciones generales reclamadas y tal como lo preservó el artículo 13 de la Ley 344 de 1996²⁰.

11. Alegó que existe falta de legitimación en la causa por pasiva y consecuentemente de interés sustancial en las resultas del proceso, toda vez que por disposición legal, no es el competente para reconocer las pretensiones de la demandante, al no ser una función asignada por la ley al FOMAG.

ARTÍCULO 88. INTERESES CON CARGO A OBLIGACIONES DE LA NACIÓN. En todos los eventos en los que la Nación o las entidades públicas, de cualquier orden, deban cancelar intereses por mora causados por obligaciones a su cargo, la indemnización de perjuicios o la sanción por mora no podrá exceder el doble del interés bancario corriente vigente al momento de la fecha establecida legalmente para realizar el pago.

De igual forma, toda suma que se cobre a la Nación o a las entidades públicas como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria adeudada en virtud de un mandato legal se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación.»

¹⁷ Folios 79 a 88 del expediente.

¹⁸ M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁹ «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

[...]

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 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, 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.»

²⁰ «por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones. Artículo 13º.- 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;

El Gobierno Nacional podrá establecer programas de incentivos con la finalidad de propiciar que los servidores públicos que en el momento de la publicación de la presente Ley tengan régimen de cesantías con retroactividad, se acojan a lo dispuesto en el presente artículo. Subrayado declarado Inexequible. [Sentencia C-428 de 1997]. Corte Constitucional. Párrafo.- El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.»

2.7. Audiencia Inicial.

12. El magistrado ponente en audiencia inicial celebrada el 16 de abril de 2015²¹, una vez efectuado el saneamiento del proceso, señaló que las excepciones propuestas por las entidades demandadas serían resueltas en la sentencia.

13. El tribunal precisó que los hechos en los que están de acuerdo las partes son los siguientes:

«Que los días nueve (09) y trece (13) de septiembre de 2013, la demandante presentó derecho de petición al municipio de Sabanalarga y departamento del Atlántico solicitando la consignación en el respectivo fondo de las cesantías correspondientes a los años 2001, 2002, 2003, respondiendo mediante oficio sin número de fecha 17 de septiembre de 2013 el municipio de Sabanalarga y el departamento del Atlántico, mediante Oficio 3397 de fecha 09 de octubre de 2013.»²²

14. Se fijó el litigio a folio 180 del expediente en los siguientes términos:

« [...] Determinar si la demandante tiene derecho o no al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, aplicable por al sector público en virtud de la Ley 344 de 1996, correspondiente a los años 2001 a 2003.»

III. SENTENCIA APELADA

15. El Tribunal Administrativo del Atlántico a través de sentencia de 4 de noviembre de 2015²³, consideró que en virtud del nombramiento de la educadora el 28 de diciembre de 2000, a través de un acto expedido por el alcalde del municipio de Sabanalarga y su posterior incorporación a la planta única de docentes del departamento del Atlántico desde el 1 de enero de 2003, ostenta la calidad de territorial, y como quiera que se encuentra acreditado que no le fueron consignadas las cesantías correspondientes a las anualidades de 2001, 2002 y

²¹ FF. 177 a 182.

²² Folio 180 del expediente.

²³ FF. 267 a 307.

2003, le asiste el derecho al reconocimiento de la penalidad pretendida en los términos que establece la Ley 50 de 1990²⁴, aplicable a dichos servidores por disposición de la Ley 344 de 1996²⁵ y el Decreto 1582 de 1998²⁶.

16. Adujo que por disposición legal y conforme a la jurisprudencia de esta Corporación²⁷, la competencia para la aprobación y pago del auxilio de cesantías de los docentes, aun cuando el trámite se adelanta a través de la secretarías de educación, recae en cabeza de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, entidad a la que se encuentra vinculada la actora en virtud de su incorporación a la planta de personal del departamento del Atlántico, por lo que, es dicho ente público el legitimado en la causa por pasiva, para reconocer las pretensiones de la demanda.

17. Expuso que no es de recibo el argumento del municipio de Sabanalarga referente a la imposibilidad de cancelar la penalidad moratoria debido a que las acreencias reclamadas no fueron solicitadas en el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos, en razón a que si bien, la Ley 550 de 1990²⁸ prevé la posibilidad de que los entes territoriales celebren convenios con la finalidad de solventar las crisis financieras, se suscriben entre la persona jurídica y los acreedores sin que ello implique la presencia de los empleados en la negociación del pago de sus prestaciones sociales.

18. En consecuencia, declaró no probadas las excepciones formuladas por las entidades demandadas, y la nulidad de los actos, así: i) Parcial del Oficio 3397 de 9 de octubre de 2013, proferido por el Secretario de Educación Departamental del Atlántico, solo en cuanto negó la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías correspondientes a los años 2001, 2002 y 2003; y ii) Del oficio del 17 de septiembre de 2013, expedido por el alcalde de Sabanalarga, solo en cuanto negó

²⁴ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

²⁵ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

²⁶ «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.»

²⁷ Consejo de Estado – Sección Segunda, Sentencia de 25 de marzo de 2010, Rad. 2003-01125-01, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²⁸ «Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta Ley.»

el reconocimiento de la penalidad por el incumplimiento en el deber de efectuar los traslados de la prestación social antes del 2001.

19. A título de restablecimiento del derecho, condenó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, departamento del Atlántico y municipio de Sabanalarga a un día de salario por cada día de retardo en la consignación de las cesantías por las anualidades de 2001, 2002, 2003, y 2004 [sic]²⁹ hasta el cumplimiento de la obligación laboral. Igualmente, ordenó la indexación de las sumas reconocidas y negó la condena en costas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

4.1 Parte demandante.

20. La demandante interpuso recurso de apelación³⁰ contra la sentencia de primera instancia, al considerar que con la decisión se desconoció el principio de congruencia subjetiva que consagra el artículo 305 de CPC³¹, por cuanto, en primer lugar, el *A-quo* condenó al pago de la sanción moratoria por la anualidad del 2004, rubro que no fue objeto de las pretensiones de la demanda, y en segundo, si bien declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el departamento del Atlántico, en su parecer, el tribunal no extendió los efectos vinculantes del fallo a la entidad territorial.

21. Expuesto lo anterior, solicitó al superior modificar la providencia enjuiciada, en el sentido de no incluir la penalidad por la anualidad del 2004, y de condenar a todas las entidades demandadas a pagar a título de sanción por la no consignación

²⁹ El demandante no solicitó sanción moratoria por la anualidad del 2004.

³⁰ FF. 328 a 330 del expediente.

³¹ « ARTÍCULO 305. CONGRUENCIAS. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 135 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.»

oportuna de las cesantías causadas en los periodos de 2001 a 2003, un día de salario por cada día de retardo hasta cuando se haga efectiva la respectiva consignación.

4.2. Departamento del Atlántico.

22. Reiteró³² los argumentos en expuestos en la contestación de la demanda y compartió el salvamento de voto³³ proferido por la Magistrada del Tribunal Administrativo del Atlántico, doctora Judith Romero Ibarra, a través del cual se precisó que a la actora por su calidad de docente no le es aplicable la Ley 344 de 1996, ni sus decretos reglamentarios, así como tampoco la Ley 50 de 1990.

4.3. Nación – Ministerio de Educación Nacional - FOMAG.

23. En la audiencia de conciliación celebrada el 18 de febrero de 2016³⁴, se declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por esta entidad, por no asistir a la diligencia.

4.4. Municipio de Sabanalarga.

24. El Despacho mediante auto de 1 de junio de 2016³⁵, dispuso que debido a que el escrito de la impugnación no se encuentra suscrito, se entiende como no presentado; decisión frente a la cual las partes guardaron silencio.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

³² FF. 320 a 27.

³³ FF. 308 y 309.

³⁴ F.F. 353 y 355.

³⁵ Folio 361 del expediente.

5.1. Parte Demandante.

25. El apoderado de la parte demandante³⁶, reiteró las pretensiones de la demanda y adujo que en el presente caso, no se ha configurado la prescripción, toda vez que la demandante se encuentra en pleno ejercicio de sus funciones, pues la exigibilidad de las cesantías y los derechos accesorios, entre ellos, la sanción moratoria, solo tiene lugar a partir de la terminación de la relación laboral, como lo ha considerado esta Corporación³⁷.

26. Por otro lado, adujo que no existe una norma jurídica que excluya a los empleadores públicos o privados de la obligación laboral aludida por el solo hecho de haberse admitido en la promoción de un acuerdo de reestructuración de pasivos; por el contrario, la no inclusión de la acreencia de la actora genera consecuencias gravísimas para el convenio celebrado entre la partes.

27. Manifestó que la actora ostenta la calidad de docente territorial, pues labora para el municipio de Sabanalarga desde el 28 de diciembre de 2000 hasta la fecha, y fue asimilada por el departamento del Atlántico en el 2003, por lo que el régimen que le resulta aplicable es de Ley 344 de 1996³⁸, reglamentado por el Decreto 1582 de 1998³⁹, que remite a la sanción moratoria que contempla la Ley 50 de 1990⁴⁰.

5.2. Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.-

28. El apoderado del FOMAG⁴¹, señaló que las pretensiones de la demandante no se encuentran ajustadas a derecho, en tanto la mora no es imputable a la entidad que representa y no pueden generarse intereses moratorios y/o indexación

³⁶ Folios 481 a 488.

³⁷ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 27 de agosto de 2015. Rad. 2011-00941-01; Sentencia 22 de febrero de 2015, Exp. 4346-13 C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Rad. 2012-00339. C.P. Alfonso Vargas Rincón Sentencia de 5 de septiembre de 2014. Rad. 2709-2013. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

³⁸ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones»

³⁹ « Por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5º de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia.»

⁴⁰ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones»

⁴¹ F.F. 420 a 425.

alguna, por cuanto el reconocimiento de las cesantías de los docentes se encuentra sujeto al turno de radicación y la disponibilidad presupuestal.

29. Adujo que para el caso específico de los educadores estatales, el trámite de las solicitudes de cesantías se rige por la Ley 91 de 1989⁴² y el Decreto 2831 de 2005⁴³, que constituyen el procedimiento que regula a los afiliados al FOMAG, por ende, no es posible extender la aplicación de una penalidad establecida en una disposición general a un sistema especial.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Análisis del asunto.

30. Agotado el trámite legal del proceso ordinario dentro del presente asunto, encontrándose en la oportunidad para decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante y el departamento del Atlántico contra la sentencia proferida en primera instancia y sin que se evidencien vicios que acarreen nulidades y requieran el ejercicio de control de legalidad por parte del órgano judicial, se procederá a plantear el siguiente:

6.2. Problema jurídico.-

31. De acuerdo con los cargos formulados en el recurso de apelación interpuesto por el demandante y el departamento del Atlántico, le corresponde a la Sala:

1) Establecer si debido a la vinculación de la demandante al municipio de Sabanalarga a partir 28 de diciembre de 2000, le resulta aplicable el régimen anualizado de liquidación de cesantías y en tal virtud, le es dable el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990⁴⁴.

⁴² «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.»

⁴³ «Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6 del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.»

⁴⁴ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

2) En el evento en que le asista el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria, determinar cuál es la entidad competente para el restablecimiento del derecho de la demandante.

32. Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala analizará (i) el sistema de liquidación de servidores públicos del nivel territorial; (ii) el régimen de cesantías de los docentes del sector oficial; y (iii) análisis del caso en concreto.

6.2.1. Del sistema de liquidación de servidores públicos del nivel territorial.

33. La Ley 344 de 1996 «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones»⁴⁵ 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 Legislativa y Ejecutiva)⁴⁶, a partir de su entrada en rigor, esto es, el 31 de diciembre de 1996. Dice la norma:

«[...] **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.»

34. El artículo 13 de la Ley 344 de 1996, fue reglamentado por el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998⁴⁷, en el que de manera expresa extendió la aplicación de los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 a los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afiliaran a los fondos privados de cesantías creados por esta última ley, tal como se transcribe a continuación:

⁴⁵ Publicada en el Diario Oficial No. 42.951 de 31 de diciembre de 1996.

⁴⁶ Excepto el personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

⁴⁷ «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.»

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

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

35. El sistema contemplado en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990⁴⁸, señalados expresamente por el Decreto reglamentario 1582 de 1998⁴⁹, previó la liquidación del auxilio anual (31 de diciembre) definitiva de cesantía por la anualidad o fracción correspondiente al año anterior, la consignación del valor correspondiente antes del 15 de febrero de cada año en el fondo privado seleccionado por el empleado y la sanción por mora a razón de un día de salario por cada día de retardo a cargo del empleador en el evento en que incumpla la obligación. Dice la norma:

«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.**

[...]

Artículo 102º.- El trabajador afiliado a un Fondo de Cesantía sólo podrá retirar las sumas abonadas en su cuenta en los siguientes casos:

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.

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.

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.

[...]

Artículo 104º.- De las liquidaciones de cesantía que se efectúen el 31 de diciembre de cada año el empleador deberá entregar al trabajador un certificado sobre su cuantía.

⁴⁸ "Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones"

⁴⁹ Ibidem.

La Sociedad Administradora del Fondo de Cesantía podrá presentar al trabajador en las acciones que se adelanten con motivo del incumplimiento del empleador en la liquidación o pago del auxilio de cesantía.

En los eventos en que el empleador esté autorizado para retener o abonar a préstamos o pignoraciones el pago de auxilio de cesantía, podrá solicitar a la Sociedad Administradora la retención correspondiente y la realización del procedimiento que señalen las disposiciones laborales sobre el particular.

Los préstamos de vivienda que el empleador otorgue al trabajador podrán ser garantizados con la pignoración del saldo que este último tuviere en el respectivo fondo de cesantía, sin que el valor de la garantía exceda al del préstamo. [...]».

36. De la norma transcrita, se establece que el régimen anualizado tiene las siguientes características:

i) Destinatarios: **Servidores públicos del nivel territorial** vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los **fondos privados administradores de cesantías**;

ii) Liquidación: Cada 31 de diciembre, por la anualidad o por la fracción correspondiente, diferente a la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo;

iii) Intereses: Legales del 12% anual o proporcionales por fracción;

iv) Sanción moratoria: Un día de salario por cada día de retardo cuando el empleador no consigne el valor liquidado antes del 15 de febrero de cada año.

6.2.2. Del régimen de cesantías de los docentes del sector oficial.

37. La Ley 91 de 1989 «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio», diferenció las categorías en que se agruparían los docentes afiliados al fondo, con el fin de establecer los trámites y las disposiciones que les serán aplicables de conformidad a su fecha de vinculación. Al efecto, consagró que los docentes oficiales se agruparían así:

(i) en el **personal nacional**, el cual reúne a los docentes nombrados por el Gobierno Nacional;

(ii) el **nacionalizado**, cuyo ingreso se efectúa mediante nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esa fecha de conformidad con lo previsto en la Ley 43 de 1975⁵⁰; y

(iii) el **personal territorial**, en el cual se encuentran los docentes por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la mencionada ley, relativo a la creación de nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria⁵¹.

38. Así mismo, en el párrafo del artículo 2.º *ibídem* previó cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la citada ley, así:

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

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

39. Como se expuso, creó el FOMAG 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 la ley, con observancia del régimen ya señalado y de los que ingresaran con posterioridad a ella. Dice la norma:

«[...] 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

⁵⁰ «Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones.»

⁵¹ Ley 45 de 1975, Artículo 10.- En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional.

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 [...].

40. En lo relativo a las cesantías del personal docente, el numeral 3 del artículo señalado, previó la siguiente disposición:

«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, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional**»⁵².

41. De la norma transcrita, se concluye que respecto de los docentes oficiales, la ley regula dos situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación:

1) Docentes nacionalizados, antes territoriales, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, quienes mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

2) Docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados, se les aplicará las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, Decretos

⁵² Destacado por la Sala.

3135 de 1968⁵³, 1848 de 1969⁵⁴ y 1045 de 1978⁵⁵, o que se expidan en el futuro, esto es, la Ley 344 de 1996⁵⁶, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989.

42. Así, en virtud de lo dispuesto por la Ley 344 de 1996 y la Ley 91 de 1989, aquellos docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, **sin lugar a distinción entre docentes nacionales y nacionalizados**, se regularán por las normas de los **empleados públicos del orden nacional**, cuyo sistema de liquidación reviste las siguientes características:

i) Destinatarios: Docentes vinculados desde el 1º de enero de 1990;

ii) Liquidación: El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación, 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;

iii) Intereses: Anual sobre el valor acumulado de la cesantía al 31 de diciembre de cada año, más la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo período.

43. De las normas señaladas en precedencia, se establece que tal como se consideró en la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 proferida el 14 de abril de 2016⁵⁷, que al analizar si en virtud del artículo 15 de la Ley 91 de 1989⁵⁸ los docentes eran destinatarios de la prima de servicios contemplada en el Decreto 1042 de 1978, sostuvo que la voluntad del legislador además de la creación del FOMAG, fue la unificar el sistema salarial y prestacional de los docentes oficiales nacionales y nacionalizados a partir de 1 de enero de 1990, por cuanto en dicha norma se dispuso, que desde ese momento, **se crearía un solo régimen laboral de los docentes oficiales, equiparándolo al de los empleados públicos del orden nacional**, sin desconocer los derechos adquiridos de aquellos maestros,

⁵³ «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.»

⁵⁴ «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968»

⁵⁵ «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.»

⁵⁶ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

⁵⁷ Consejo de Estado – Sección Segunda - Subsección B, Sentencia de 14 de abril de 2016 con Rad. 2013-00134-01. C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁵⁸ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

que por disposición de las entidades territoriales a las que se encontraban adscritos, les habían sido reconocidas algunas prestaciones adicionales a las mínimas legales. En esta oportunidad, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, precisó lo siguiente:

«[...] La exposición de motivos y las ponencias para primer y segundo debate, también ponen de presente, que luego de la expedición de la Ley 43 de 1975 se generó confusión por *“interpretaciones encontradas”*, debido a que la Nación y las entidades territoriales aún *“compartían el pago de las prestaciones del Magisterio”*, en atención a que el artículo 3⁵⁹ de dicha ley estableció que el proceso de nacionalización sería *“gradual”* y, en consideración, a las complejidades que suponía *“el tratamiento que debía darse a las diferencias del régimen prestacional entre la Nación y las entidades territoriales.”*

Entonces, con la intención de *“definir de una vez por todas las responsabilidades en materia salarial y prestacional”* entre la Nación y las entidades territoriales, nuevamente por iniciativa del Gobierno Nacional, se tramita la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se crea el FOMAG, el cual es pensado como un *“mecanismo ágil y eficaz”* para *“poner fin a las fallas administrativas que constantemente obstaculizan el pago oportuno de las prestaciones sociales y los servicios médico asistenciales del personal docente.”*

La ponencia para primer debate deja claro además, que el propósito de esta ley no es sólo la creación de un fondo que dote de agilidad y eficiencia el pago de salarios y prestaciones a los docentes oficiales, sino que, en aras de **“resolver el problema de la diversidad de regímenes laborales aplicables al Magisterio (...) y de la ausencia de un instrumento que unifique el sistema normativo”**, la intención también era la **“definición de un régimen laboral único a partir del 1 de enero de 1990”**, pero respetando **“las normas vigentes en las entidades territoriales para los maestros vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, y para quienes ingresen con posterioridad a esa fecha, adoptar las disposiciones que rigen para los empleados públicos del orden nacional.”**

Tal y como se lee en la exposición de motivos de la ley bajo estudio y en las ponencias para primer y segundo debate, la meta principal del legislador de 1989 fue la de unificar el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales nacionales y nacionalizados a partir de 1990, [...]»

44. Así las cosas, la Ley 91 de 1989, además de crear el FOMAG para centralizar la administración de los recursos destinados al pago sus prestaciones sociales, unificó el régimen laboral de los docentes oficiales, equiparándolo desde el punto de vista prestacional al de los empleados públicos del orden nacional, sin desconocer los derechos adquiridos de aquellos maestros que se vincularan con anterioridad al 31 de diciembre de 1989.

⁵⁹ El cual dispuso lo siguiente: *“Artículo 3. A partir del 1º de enero y hasta el 31 de diciembre de 1976, la Nación pagará el veinte por ciento (20%) de los gastos de funcionamiento (personal) de la educación a que se refiere el artículo primero, conforme a los presupuestos respectivos del año de 1975; y así sucesivamente en cada vigencia subsiguiente, aumentará en un veinte por ciento (20%) su aporte a dichos gastos, hasta llegar a absorber el ciento por ciento (100%) de los mismos en 1980 (de 1976 a 1980)”*.

45. De las normas expuestas en precedencia, se establece que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989⁶⁰, los docentes 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** que establece un sistema anualizado, sin retroactividad y pago de intereses a sus beneficiarios.

46. Por lo anterior, los docentes que ingresaron con posterioridad a la fecha señalada (1 de enero de 1990), por el solo hecho de ser designados por el alcalde o gobernador, **no adquieren el carácter de territorial regidos por normas prestacionales aplicables a los servidores públicos que ostentan dicha calidad**, puesto que por disposición de la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 3º, literal b), los maestros «[...] que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro.», como lo es la Ley 344 de 1996⁶¹ que sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989, consagró **un sistema de liquidación anualizado de cesantías** para las «[...] personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado.».

47. Por consiguiente, los educadores del sector público no les son aplicables los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, que contemplaron el plazo para la liquidación del valor liquidado anualmente con anterioridad al 15 de febrero y la sanción moratoria para el empleador que incumpla esta obligación, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, únicamente a **«los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías»**, que como se expuso, no se equiparan a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990, pues su nombramiento efectuado por el representante de la entidad territorial no le otorga la calidad de ser un maestro de dicho nivel, y sus prestaciones sociales como las cesantías, son administradas por el FOMAG, cuya naturaleza jurídica es diferente a la de aquellos fondos privados creados por la Ley 50 de 1990.

⁶⁰ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

⁶¹ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

6.3. Análisis del caso concreto.

48. En el *sub judice*, el *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que en virtud de la vinculación de la educadora a partir del 28 de diciembre de 2000, cuyo acto de nombramiento fue proferido por el alcalde del municipio de Sabanalarga y su posterior incorporación a la planta única de docentes del departamento del Atlántico desde el 1 de enero de 2003, ostenta la condición de territorial, y como quiera que se encuentra acreditado que no le fueron consignadas las cesantías correspondientes a las anualidades de 2001, 2002 y 2003, le asiste el reconocimiento a la penalidad pretendida en los términos que establece la Ley 50 de 1990⁶².

49. La parte demandante manifestó que con la decisión se desconoció el principio de congruencia subjetiva que consagra el artículo 305 de CPC⁶³, por cuanto, en primer lugar, el *A-quo* condenó al pago de la sanción moratoria por la anualidad del 2004, lo cual no fue objeto de las pretensiones de la demanda, y en segundo, por cuanto en su parecer, el tribunal no condenó al departamento del Atlántico, al igual que a las demás entidades demandadas, al restablecimiento del derecho, pese a no declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de esta entidad territorial.

50. El apoderado del departamento del Atlántico, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y adujo que la actora, en su condición de docente oficial no le resulta aplicable la sanción prevista en la Ley 50 de 1990.

51. Al respecto, el acervo probatorio aportado al proceso al proceso es el siguiente:

⁶² «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

⁶³ « ARTÍCULO 305. CONGRUENCIAS. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 135 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.»

1) Decreto 00-00122 de 26 de diciembre de 2000⁶⁴, expedido por el alcalde (E) del municipio de Sabanalarga (Atlántico), por el cual se vinculó a la demandante como docente en el área de básica primaria de la Institución Jhon F. Kennedy ubicada en el municipio de Sabanalarga, y del cual tomó posesión el 28 de diciembre de 2000, según se observa en el Acta 45⁶⁵.

2) La demandante el 9 y 13 de septiembre de 2013, solicitó ante las entidades demandadas respectivamente, el reconocimiento de la sanción moratoria **por no efectuarse la consignación oportuna de las cesantías por las anualidades de 2001 a 2003**, petición que fue resuelta de manera desfavorable a través de los siguientes actos acusados:

a) Oficio de 17 de septiembre de 2013⁶⁶, proferido por el alcalde municipal de Sabanalarga, en el que le manifestó que la entidad territorial no se encuentra obligada al reconocimiento de la penalidad, pues ha efectuado la cancelación de las cesantías a los empleados y además, ello no forma parte de las acreencias establecidas en el artículo 19 de la Ley 550 de 1999 para los acuerdos de reestructuración.

b) Oficio 3397 de 9 de octubre de 2013⁶⁷, a través del cual el Secretario de Educación Departamental del Atlántico, señaló que desde la afiliación al FOMAG en el 2003, las cesantías de la demandante han sido reportadas oportunamente, sin que se observara a la fecha, traslados del municipio de Sabanalarga por concepto de la prestación social del período reclamado (2001 a 2003).

52. En atención a las pruebas decretadas en la Audiencia Inicial⁶⁸, el profesional universitario de Oficina Jurídica de Secretaría de Educación Departamental del Atlántico a través de Oficio 468-15 de 13 de mayo de 2015⁶⁹, remitió las siguientes pruebas documentales:

⁶⁴ Copia simple que obra a folio 17 del expediente.

⁶⁵ Copia simple que obra a folio 16 del expediente.

⁶⁶ Según se observa a folio 23.

⁶⁷ Según se observa a folios 25 a 26.

⁶⁸ Según se observa a folios 181 y 182 del expediente.

⁶⁹ Según se observa a folio 196 del expediente.

i) Certificado de tiempo de servicios⁷⁰ del 12 de mayo de 2015, proferido por el Secretario de Educación Departamental del Atlántico, por el cual se señala que que en virtud de la Ley 715 de 2001, la docente fue asumida por el departamento del Atlántico mediante el Decreto 00429 de 13 de octubre de 2004, proferido por el secretario de educación departamental y que de acuerdo a la fecha de su nombramiento, su vinculación es de carácter **municipal - recursos propios**.

ii) Extracto de cesantías del 29 de mayo de 2012⁷¹, expedido por el FOMAG, del cual se evidencia que a la actora se le liquidó la prestación aludida anualmente y sin retroactividad desde el 2003 al 2011, así:

AÑO	CESANTIA	ACUMULADO	INTERES	FECHA
2003	643.540	643.540	0	
2004	671.872	1.315.412	0	
2005	681.972	1.997.384	143.612	5/10/06
2006	665.013	2.662.397	174.653	9/03/07
2007	903.360	3.565.757	294.532	10/03/08
2008	832.646	4.398.403	441.600	06/04/09
2009	1.005.941	5.404.344	337.231	30/03/10
2010	1.020.842	6.425.186	249.297	10/03/11
2011	1.060.421	7.485.607	95.946	21/03/12

53. De la valoración de las pruebas aportadas, se encuentra acreditado que en virtud de la fecha de ingreso de la demandante como docente del sector oficial, se encuentra cobijada por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989⁷², que estableció que los educadores que ingresaran a partir del 1º de enero de 1990, **sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados**, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los **empleados públicos del orden nacional**.

54. Lo anterior, permite a la Subsección concluir que pese a acreditarse que el decreto de nombramiento de la actora fue expedido por el alcalde (E) del

⁷⁰ Según se observa a folio 197 a 198 del expediente.

⁷¹ Según se observa a folio 200 del expediente.

⁷² «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»

municipio de Sabanalarga, ello no le otorga el carácter de territorial, y en tal virtud no es equiparable a los servidores públicos destinatarios de los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990 que contemplaron la obligación a cargo del empleador de efectuar la consignación de las cesantías antes del 15 de febrero de cada anualidad y la sanción por el incumplimiento de dicho plazo.

55. En consecuencia, le asiste razón al apoderado del departamento del Atlántico al manifestar que a la demandante no le es aplicable la penalidad pretendida, en razón a que debido a la fecha de su vinculación está regulada en materia prestacional por las normas de los empleados públicos del orden **nacional**, por lo que no es destinataria de la sanción moratoria extendida por disposición expresa del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998, **a los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías**, requisitos que no cumple la docente, pues no reúne la condición de territorial y tampoco se encuentra afiliada a un fondo privado administrador de cesantías de aquellos creados por la Ley 50 de 1990; máxime cuando la finalidad del legislador fue precisamente la creación del FOMAG para atender las prestaciones sociales de los docentes del sector oficial, cuyos recursos provienen por disposición legal, de la Nación.

56. Por lo expuesto, la Sala revocará la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se declaró la nulidad parcial de los actos acusados y se condenó a las entidades demandadas al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y en su lugar, se negaran las pretensiones de la demanda.

57. Finalmente, del expediente se evidencia que quien funge como mandataria de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no se le ha reconocido personería adjetiva, razón por la cual, conforme al poder general allegado a folios 376 a 381 del expediente, se le tendrá como apoderada del FOMAG, a la abogada Silvia Margarita Rúgeles Rodríguez, identificada con C.C 63.360.082 y T.P 87.982 del Consejo Superior de la Judicatura.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 4 de noviembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió a las pretensiones de la demanda; y en su lugar negarlas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Reconocer personaría a la abogada Silvia Margarita Rúgeles Rodríguez, identificada con C.C 63.360.082 y T.P 87.982 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Nación – Ministerio de Educación Nacional - FOMAG, conforme al poder general que obra a folios 376 a 381 del expediente.

TERCERO: Por Secretaría de la Sección Segunda, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

