



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A
CONSEJERO PONENTE: LUIS EDUARDO MESA NIEVES

Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024)

Referencia:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	08001 23 33 000 2016 00188 01 (1702-2022)
Demandante:	Mónica Patricia Fontalvo Coronado
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, departamento del Atlántico y municipio de Sabanalarga
Tema:	Sanción moratoria por la omisión de consignación de cesantías. Prescripción
Decisión:	Confirma sentencia de primera instancia

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala de Subsección procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del **12 de febrero de 2021**, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que declaró probada la excepción de prescripción y negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones de la demanda

Con la demanda se pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos, por medio de los cuales se negó el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 344 de 1996 y sus decretos reglamentarios, por el retardo en la consignación de cesantías en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FNPSM.

- Oficio sin número del 22 de julio de 2015, emitido por el municipio de Sabanalarga.
- Oficio nro. 2015-ER-177155 de fecha 13 de octubre de 2015, expedido por el Ministerio de Educación Nacional.
- Oficio nro. 3653 del 18 de noviembre de 2015, emanado del departamento del Atlántico.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó: (i) se reconozca y pague la sanción moratoria establecida en la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, que a su vez remite a los artículos 99 a 104 de la Ley 50 de 1999, producto de la omisión en la consignación del auxilio de cesantías correspondiente a los años 1997 a 2003, inclusive, en el fondo administrador de



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 08001-23-33-000-2016-00188-01

Demandante : Mónica Patricia Fontalvo Coronado

las cesantías, (ii) se liquide la sanción moratoria desde el 15 de febrero del año siguiente a la causación del auxilio de cesantías respectivo, hasta la fecha en que se efectúe la consignación, (iii) se ajuste la condena tomando como base el índice de precios al consumidor de conformidad con el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA, (iv) se reconozcan los intereses moratorios y (v) se condene en costas a las demandadas.

1.2. Hechos que fundamentan la demanda

La señora Mónica Patricia Fontalvo Coronado labora como docente en el municipio de Sabanalarga desde el 17 de octubre de 1997.

Las entidades demandadas no consignaron de forma oportuna las cesantías anualizadas de los años 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003; por ello, se hace merecedora de la sanción mora establecida en la Ley 50 de 1990, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, desde el 14 de febrero del año siguiente al que se causó el auxilio.

El 17 de septiembre de 2015, la demandante solicitó al municipio de Sabanalarga la consignación de las cesantías correspondiente a los años adeudados en el respectivo fondo, y el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por dicha omisión, solicitud que fue resuelta negativamente en el Oficio sin número del 22 de julio de 2015.

La misma solicitud, fue presentada ante el departamento de Atlántico y el Ministerio de Educación Nacional, siendo negadas por medio de los oficios 2015-ER-177155 y 3652 del 13 de octubre y 18 de noviembre de 2015 respectivamente.

1.3. Fundamentos de derecho y concepto de violación

Señaló como vulneradas las siguientes disposiciones: artículos 13, 29, 53 y 209 de la Constitución Política; artículos 138, inciso 4° del 187, 188, 192 y 195 del CPACA; artículo 13 de la Ley 344 de 1996; artículo 1 del Decreto 1582 de 1998; numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990; artículo 21 y subsiguientes del Decreto 1063 y numeral 3° del artículo 20 del C de P.C¹.

En síntesis, en el concepto de violación expuso que con la expedición de los actos demandados se vulneraron los derechos mínimos laborales, dado que los trabajadores se encuentran en una indefensión manifiesta ante esta circunstancia.

¹ Así se indica en la demanda.



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 08001-23-33-000-2016-00188-01

Demandante : Mónica Patricia Fontalvo Coronado

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el municipio de Sabanalarga y el departamento del Atlántico, al no consignar las cesantías al fondo dentro de los plazos establecidos en la normatividad, generaron una conducta omisiva y violatoria que es causante de nulidad y que va en detrimento de los derechos de la servidora pública.

1.4. Contestación de la demanda

El **departamento del Atlántico**² al contestar la demanda afirmó que con su actuar no se han visto amenazados ni vulnerados los derechos de la actora, puesto que no le asiste ningún tipo de obligación con la demandante.

Señaló que el régimen especial de los docentes excluye el reconocimiento y pago de la sanción moratoria pretendida.

Propuso las excepciones de “ausencia de legitimación en la causa por pasiva del departamento del Atlántico dentro de la presente controversia judicial”, “inaplicabilidad del régimen de cesantías previsto en las normas generales de la Ley 50 de 1990, 344 de 1999 y el Decreto 1582 de 1998, a los docentes del sector oficial, por contar estos con un régimen especial de cesantías contemplado en la Ley 91 de 1989, el cual no incluye la indemnización moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías”, “inexistencia de responsabilidad del departamento del Atlántico respecto del reconocimiento y pago de las cesantías e intereses de las cesantías que se pudieron haber causado con anterioridad a la afiliación de la demandante al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “pago”, “prescripción” y “genérica e innominada”.

Por su parte, la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**³ se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Argumentó que las pretensiones de la demandante no se encuentran ajustadas a derecho, toda vez que no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral que les aplica a los docentes.

El pago de las prestaciones sociales causadas con posterioridad a la afiliación del docente es responsabilidad del FNPSM, no obstante, las prestaciones causadas con anterioridad a la afiliación están a cargo del ente territorial.

No le asiste derecho a la sanción moratoria pretendida, porque en las disposiciones que regulan el auxilio de cesantías de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales, no se contempla la indemnización mora por el no pago oportuno.

² Folios 87 a 101 del PDF 001. EXP 2016-188 del expediente digital.

³ Folios 74 a 85 del PDF 001. EXP 2016-188 del expediente digital.



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 08001-23-33-000-2016-00188-01

Demandante : Mónica Patricia Fontalvo Coronado

Por último, propuso las excepciones de “inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma”, “cobro de lo no debido”, “pago”, “buena fe”, “prescripción de derechos”, “compensación” y “genérica o innominada”.

Por su parte, el **municipio de Sabanalarga**, guardó silencio en esta oportunidad

1.5. Sentencia de primera instancia⁴

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante sentencia del **12 de febrero de 2021**, declaró probada la excepción de prescripción extintiva y, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

Al demostrarse que la actora ingresó como docente al servicio del municipio de Sabanalarga el 17 de octubre de 1997, en principio le aplica el régimen anualizado de cesantías, que ordena a la entidad nominadora liquidar definitivamente la prestación por anualidad o fracción correspondiente, así como que dicho valor se consigne hasta el 15 de febrero del año siguiente.

Destacó que el término prescriptivo aplicable a la sanción moratoria prevista en la Ley 344 de 1996, es el establecido en el artículo 151 del Código Sustantivo del Trabajo.

No obstante, si bien uno de los puntos a dilucidar era la sanción mora por el incumplimiento de lo dispuesto en las leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, lo relevante del caso es que la misma se encuentra prescrita en su totalidad.

En ese escenario, entre la fecha en que se causó la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, y la fecha en que se radicó la solicitud de reconocimiento de sanción moratoria, esto es el 17 y 18 de septiembre de 2015, transcurrieron más de 3 años sin que se hubiese interrumpido el término de la prescripción, los cuales vencían para el último periodo reclamado, esto es el 15 de febrero de 2006.

1.6. Recurso de apelación⁵.

El apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia solicitando se revoquen los numerales primero y segundo, por los siguientes motivos:

Después de relacionar unos antecedentes normativos y jurisprudenciales⁶ que tratan el fenómeno de la prescripción dentro del ordenamiento jurídico, afirmó que:

⁴ Folios 74 a 85 del PDF 001. EXP 2016-188 del expediente digital.

⁵ Folios 154 a 157 del expediente físico.

⁶ En ese orden: artículos 2152 y 2153 del Código Civil, Sentencia del Consejo de Estado del 23 de septiembre de 2010, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, artículo 151 del C.S.T, y sentencia del C.E del 9 de mayo de 2013



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 08001-23-33-000-2016-00188-01

Demandante : Mónica Patricia Fontalvo Coronado

«Bajo el precepto normativo en cita y en armonía con las definiciones reseñadas en líneas que anteceden, causado el derecho, esto es, habiéndose hecho exigible la obligación, el titular dispone de tres (3) años para elevar la reclamación ante la administración y seguidamente acudir ante el operador judicial con el fin de exigirla en caso que no se acceda por parte de su empleador, reclamación que de acuerdo a la norma citada, interrumpe el término extintivo de prescripción»

En lo que respecta a la prescripción de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizadas, precisó que en la sentencia de unificación CE-SUJ004 de 2016 se fijó entre otras reglas que, en materia de sanción moratoria, la prescripción opera de manera parcial. En tal sentido, dando aplicabilidad al precedente en cita, la prescripción operó respecto de las porciones de sanción moratoria anteriores al 18 de septiembre de 2012.

Dicho de otro modo, el pago de la sanción moratoria debe hacerse a partir del 18 de septiembre de 2012, hasta la fecha en que efectivamente se consignen las cesantías de la señora Fontalvo Coronado.

Por último, señaló que la postura adoptada desconoce el precedente del Consejo de Estado de manera abrupta, por cuanto sin cambiar el criterio unificado, entra a declarar la prescripción total, en quebranto de los intereses y derechos de la demandante.

1.7. Trámite correspondiente a la segunda instancia

Dentro del término previsto en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021, la parte demandante guardó silencio, mientras que la parte demandada alegó extemporáneamente.

Por su parte, el agente Ministerio Público dentro de la oportunidad prevista para ello, en su concepto solicitó la confirmación del fallo de primera instancia⁷.

En ejercicio del control de legalidad, la Sala advierte que el proceso se ha tramitado en forma legal y no se observa causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, en consecuencia, procede a resolver la alzada, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto de acuerdo con el artículo 150 del CPACA⁸.

⁷ Actuación visible a índice 19 del expediente digital

⁸ «El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos [...]».



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 08001-23-33-000-2016-00188-01

Demandante : Mónica Patricia Fontalvo Coronado

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a lo expuesto por el apelante y, comoquiera que, en este caso, solo una de las partes presentó recurso de alzada, el análisis se limita a los argumentos del respectivo recurso.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a esta Sala de Subsección determinar si, la sentencia de primera instancia que declaró probada la excepción de prescripción, se encuentra ajustada a derecho, por el contrario, como lo alega la parte demandante en el recurso, dicho fenómeno jurídico no operó y en consecuencia hay lugar a la revocar la providencia recurrida.

A fin de dar respuesta al problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes temas: 2.3) normativa y jurisprudencia aplicable al caso y 2.4) caso concreto.

2.3. Normativa y jurisprudencia aplicable al caso

2.3.1. Cesantías

El auxilio de cesantías es una prestación social, que se constituye como un ahorro para el trabajador, que lo beneficia a él y a su núcleo familiar en tanto es una ayuda económica, no solo en caso de encontrarse cesante el trabajador, sino «en lo que concierne a educación superior y vivienda, que el trabajador tenga un respaldo que no comprometa los recursos que requiere para su mínimo vital.»⁹

La Corte Constitucional ha resaltado con relación a las cesantías que, dentro de los principios mínimos fundamentales que rigen la relación laboral, está el pago de las acreencias laborales, emolumentos que persiguen fines en torno a la dignidad humana y la manutención familiar en el marco de las relaciones laborales, y dentro de esas prestaciones se encuentra el auxilio de cesantía¹⁰. Con relación a esta prestación la misma Corporación, ha dicho que dado su contenido opera el principio de progresividad y la prohibición de regresividad.

La Ley 6 de 1945¹¹ en el artículo 12, literal f), estableció a favor de los trabajadores oficiales, el derecho al auxilio de cesantías a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio y, proporcionalmente, por fracciones de año, y

⁹ SU 448 de 2016, SU 098-18.

¹⁰ Sentencia C-486 de 2016

¹¹ «por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 08001-23-33-000-2016-00188-01

Demandante : Mónica Patricia Fontalvo Coronado

el artículo 17, literal a), de la citada ley consagró que ese auxilio se reconocería a todos los empleados y obreros nacionales de carácter permanente¹².

Por su parte, el Decreto 1160 de 1947 extendió el auxilio de cesantías para los empleados y obreros al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, concretamente en su artículo 6, consagró que para liquidar las cesantías se tomará como base el último sueldo o jornal, salvo que hubiera sufrido modificaciones en los 3 últimos meses, caso en el cual se toma el promedio de lo devengado en los últimos 12 meses o en todo el tiempo servido, si fuere menor a ese lapso.

2.3.2. Régimen anualizado de Cesantías

Con el Decreto Ley 3118 de 1968, se creó el Fondo Nacional del Ahorro¹³, que se encargaría de administrar las cesantías y en su artículo 27, incluyó la novedad de un régimen anualizado, en los siguientes términos:

«**Artículo 27° Liquidaciones anuales.** Cada año calendario, contado a partir del 1 de enero de 1969, los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, liquidarán las cesantías que anualmente se causen en favor de sus trabajadores o empleados.

La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse, aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.»

La consignación de la prestación se dirige a cuentas individuales de los empleados tal como lo dispuso el artículo 34 de la citada norma, en la forma prevista en el artículo 49, que regula lo siguiente:

«**Artículo 49° Consignaciones anuales.** La Nación, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado deberán consignar en el Fondo Nacional de Ahorro las cesantías que a partir del 1 de enero de 1969 se causen en favor de sus empleados y trabajadores.

Lo dispuesto en el inciso anterior se cumplirá de la siguiente

a) Mensualmente, las entidades en referencia deberán depositar en el Fondo una doceava parte del valor de los pagos en favor de sus empleados y trabajadores por salarios y demás conceptos que se incluyan dentro de la base para liquidar el auxilio de cesantía, y

b) Dentro de los primeros tres (3) meses de cada año, las referidas entidades depositarán en el Fondo la diferencia que resulta entre la liquidación de que trata el artículo 27 y las sumas depositadas en desarrollo del literal anterior; o tendrán derecho a que el Fondo les abone en cuenta el exceso de lo depositado sobre la liquidación.»

¹² La Ley 65 de 1946, en el artículo 10, consagró tal derecho a favor de todos los servidores públicos.

¹³ Artículo 1° del mencionado Decreto.



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 08001-23-33-000-2016-00188-01

Demandante : Mónica Patricia Fontalvo Coronado

Lo expuesto en párrafos anteriores, corresponde a la constitución del régimen anualizado de cesantías especial bajo la administración de dicho fondo, que hoy subsiste, conforme la Ley 432 de 1998, y que regula de forma diferente la causación de los intereses de esa prestación, así como el destino de éstos.

Acto seguido, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996¹⁴, respecto de las cesantías dispuso lo siguiente:

«**Artículo 13.** Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo;

Parágrafo. - El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.»

Con la expedición de dicha ley, se introdujo al sector público el régimen anualizado de cesantías establecido inicialmente sólo para particulares en la Ley 50 de 1990 modificatoria del Código Sustantivo del Trabajo, el que se extendió incluso a los servidores públicos del orden territorial mediante el Decreto 1582 de 1998¹⁵.

La **Ley 50 de 1990**¹⁶, consagró en el artículo 99, el nuevo régimen especial de cesantías, así:

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

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

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

¹⁵ «**Artículo 1.º.** - 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»

¹⁶ “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.”



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 08001-23-33-000-2016-00188-01

Demandante : Mónica Patricia Fontalvo Coronado

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

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

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

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

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

- a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;
- b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.

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

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

Norma que dispuso, en su numeral 3º una sanción en caso de mora en la consignación del valor liquidado en la cuenta individual, liquidación que conforme al numeral 1º, se debe realizar cada 31 de diciembre de la respectiva anualidad laborada o la fracción correspondiente.

2.3.3. Régimen de cesantías a favor de los docentes

La Ley 91 de 1989 «por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio», estableció los términos de docentes nacionales, nacionalizados y territoriales; así en el artículo 3º, se prescribe la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “como una cuenta



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 08001-23-33-000-2016-00188-01

Demandante : Mónica Patricia Fontalvo Coronado

especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.” Dicho fondo estaría dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad; y sería el encargado del pago de las prestaciones sociales causadas a favor del personal docente nacional y nacionalizado, a partir de la promulgación de dicha ley.

Ahora, en el artículo 2° se estableció la forma en que la Nación y las entidades territoriales asumirían sus obligaciones con el personal docente; mientras que el artículo 5° desarrolla las funciones del citado fondo, entre estas, la de efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado al mismo.

De manera que, con la entrada en vigor de la Ley 91 se creó un nuevo régimen prestacional de carácter especial para los docentes nacionales y todos aquellos que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990; pero en lo no regulado, el numeral 1° del artículo 15 dispuso que «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».

En todo caso, en el mismo artículo se dispuso en concreto que: «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».

Luego, con la Ley 812 de 2003¹⁷, se precisó el régimen prestacional de los docentes oficiales. Así los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales “que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, **es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.**” Además, se señaló que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio “**se administrará en subcuentas independientes, correspondiente a los recursos de pensiones, cesantías y salud.**” (Negrilla de la Sala).

Por su parte, la obligación de afiliación de todos los docentes del servicio público del país al FNPSM a más tardar el 31 de octubre de 2004¹⁸, surgió con el Decreto 3752 de 2003¹⁹, dejándose sentado que la falta de afiliación de dicho personal implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora frente a la totalidad de las prestaciones.

¹⁷ Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario.

¹⁸ Como en idéntico se había desarrollado en el Decreto 0196 de 1995, por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 6° de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.

¹⁹ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 08001-23-33-000-2016-00188-01

Demandante : Mónica Patricia Fontalvo Coronado

En relación con la forma como serían girados los recursos con destino al plurinombrado Fondo, a fin de cubrir la carga prestacional de la Nación, el artículo 7 enseña:

“Artículo 7º. Transferencia de recursos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.”

Y a su turno el artículo 8º el trámite para el reporte de la información de las entidades territoriales, y el artículo 9 lo relativo al monto total de aportes al Fomag, que debe ser proyectado por la sociedad fiduciaria conforme la información de las entidades en cita. Disponiéndose en el artículo 10, el giro de los aportes, en orden a que “El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos.(...)”

La normativa citada, permite establecer la existencia de un complejo y especial procedimiento para el giro de los recursos al Fomag a fin de sufragar las obligaciones prestacionales de su competencia; nótese entonces, que dicho fondo administra los recursos asignados para cubrir las obligaciones prestacionales a su cargo mediante subcuentas, una de ellas de las cesantías para todos los docentes afiliados (artículo 81 de la Ley 812 de 2003); pero no aplica cuenta individuales para recibir y administrar las cesantías de los docentes como ocurre con los fondo privados que administran dicha prestación.

5.2.3 Sentencia de unificación SUJ-032-CE-S2-2023 de 11 de octubre de 2023.

En torno a la sanción moratoria contenida en la Ley 50 de 1990 para docentes, la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación, profirió la **sentencia de unificación SUJ-032-CE-S2-2023**²⁰, de 11 de octubre de 2023, disponiendo:

«Primero. – Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente: **Los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho a la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que es incompatible con el sistema de administración de cesantías regulado por la Ley 91 de 1989. Sin embargo, al personal docente en servicio activo que no esté afiliado al FOMAG le será aplicable la Ley 50 de 1990 y, por ende, la sanción moratoria del artículo 99,**

²⁰ Expediente 66001-33-33-001-2022-00016-01 (5746-2022)



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 08001-23-33-000-2016-00188-01

Demandante : Mónica Patricia Fontalvo Coronado

como un mínimo de protección social en favor del docente estatal.” (Negrilla del texto original)

Decisión de aplicación inmediata en todos los procesos en curso y en los que se pretenda aplicar la normativa estudiada; constituyendo, precedente obligatorio a los artículos 10 y 102 del CPACA, para todos los casos en discusión, tanto en sede administrativa como judicial; dejando a salvo los casos en los que ya ha operado la cosa juzgada.

2.4 Caso concreto

Dentro del material probatorio allegado al expediente, encuentra la Sala acreditado que el alcalde municipal de Sabanalarga mediante el Decreto 0090 del 26 de septiembre de 1997²¹ nombró a la señora Mónica Patricia Fontalvo Coronado en el cargo de docente en el Centro Auxiliar de Servicios Docente CASD de Sabanalarga, tomando posesión el 17 de octubre del mismo año²².

El 17 de septiembre de 2015²³, la señora Fontalvo Coronado solicitó ante la oficina de gestión documental de la alcaldía de Sabanalarga, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al fondo que se encontraba afiliada durante los años 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003. La misma petición, fue replicada ante el departamento de Atlántico y el Ministerio de Educación Nacional el 18 de septiembre de 2015²⁴.

El municipio de Sabanalarga a través del Oficio sin número del 22 de julio de 2015²⁵ informó que no está obligada a ello por cuanto canceló el auxilio de cesantías a los empleados y que lo pretendido no forma parte de las acreencias incluidas dentro del acuerdo de reestructuración de pasivos²⁶.

Por su parte el Ministerio de Educación el 13 de octubre de 2015²⁷ comunicó a la actora que la petición fue remitida al departamento del Atlántico por ser de su competencia.

Y el departamento del Atlántico el 18 de noviembre del mismo año negó la precitada solicitud²⁸ manifestando que: «Referente a sus cesantías, según el extracto suministrado por la–Fiduprevisora S.A., entidad que maneja los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se advierte que desde el año 2005 en adelante sus cesantías han sido oportunamente reportadas a la entidad fiduciaria y por el periodo reclamado no aparece reporte alguno por parte del municipio de Santa Lucía (sic) Atlántico.

²¹ Folio 28 del expediente digital.

²² Folio 27 del expediente digital.

²³ Folios 30 del expediente digital.

²⁴ Folios 31 a 33 del expediente digital.

²⁵ Fecha que aparece consignado en el acto administrativo.

²⁶ Folio 34 del expediente digital.

²⁷ Folio 39 del expediente digital.

²⁸ Folios 36 a 38 del expediente digital.



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 08001-23-33-000-2016-00188-01

Demandante : Mónica Patricia Fontalvo Coronado

En este orden de ideas, las cesantías por los años 1997 a 2003, que corresponden a los pasivos prestacionales a cargo del Ente Territorial, por ser anteriores a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que no han sido aportados a este, son responsabilidad del municipio de Sabanalarga, pues es su obligación responder por las cesantías y los intereses de llegar a ser exigibles. En consecuencia, la obligación del FNPSM al pago de las cesantías y sus intereses, con anterioridad a la afiliación, está supeditada a que el ente territorial, municipio de Sabanalarga (Atlántico), a la cual la docente prestaba sus servicios haya efectuado los aportes que estaba obligada a realizar.

Frente a la indemnización o sanción moratoria por el no giro oportuno de las cesantías al Fondo, el Decreto 1582 de 1998, hace extensivo el Art. 99 de la Ley 50 de 1990, solo a los empleados públicos afiliados a un FONDO PRIVADO, pero NO al régimen especial de los educadores oficiales establecido en la Ley 91 de 1989²⁹».

La Previsora del Atlántico en extracto de intereses a las cesantías del 3 de marzo de 2020³⁰, certificó que las prestaciones a la demandante han sido pagadas desde el año 2003 hasta la fecha de su expedición (2018).

La demandante pretende que se le reconozca y pague la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, por la omisión de consignación de las cesantías anuales de 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003, pretensión respecto de la que el Tribunal de primera instancia declaró la excepción de prescripción.

Para la Sala en la solución del problema jurídico planteado, resulta pertinente lo decidido en la sentencia SUJ-032-CE-S2-2023 del 11 de octubre del año 2023, esto es, que «Los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho a la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que es incompatible con el sistema de administración de cesantías regulado por la Ley 91 de 1989. Sin embargo, al personal docente en servicio activo que no esté afiliado al FOMAG le será aplicable la Ley 50 de 1990 y, por ende, la sanción moratoria del artículo 99, como un mínimo de protección social en favor del docente estatal». (Subrayado fuera de texto original)

Dada la particularidad que dentro del expediente no reposa prueba alguna, que dé cuenta que en los periodos discutidos -año 1997 a 2003-, la docente se encontrara afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, considera la Sala que se debe aplicar la segunda parte de la regla de unificación antedicha, por lo que corresponde estudiar si tiene derecho o no al pago de la sanción moratoria³¹.

Ahora bien, de los documentos antes enunciados, la Sala advierte en primer lugar, que el responsable de la consignación de las cesantías es el municipio de Sabanalarga, y en segundo lugar, que dicha obligación no se cumplió en la oportunidad prevista en la ley, lo anterior se desprende de los certificados emitidos por el departamento del Atlántico quien hace constar «en este orden de ideas, las

²⁹ Transcripción con posibles errores.

³⁰ Folio 233 del expediente físico.

³¹ Valga aclarar que la demandante, en la actualidad, sí está afiliada al fondo referido, pero, para la fecha en que se generó el derecho a las cesantías de los años 1999 a 2003, no se había producido tal afiliación.



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 08001-23-33-000-2016-00188-01

Demandante : Mónica Patricia Fontalvo Coronado

cesantías por los años de 1997 a 2003, que corresponden a los pasivos prestacionales a cargo del ente territorial, por ser anteriores a la afiliación al fondo ... y que no han sido aportados a este, son responsabilidad exclusiva del municipio de Sabanalarga», incumplimiento que se corrobora, por lo expresado por el mismo ente territorial, al afirmar que « la administración de este ente territorial ha venido cancelando y transfiriendo a los distintos fondos para los empleados que están afiliados a los mismos, los auxilios de cesantías a que por ley está obligada, en la medida en que su situación económica y financiera se lo ha permitido, esto teniendo de presente que actualmente nos encontramos inmersos en un proceso de reestructuración de pasivos(ley 550) »

En estas condiciones, en principio se llegaría a la conclusión que la administración territorial de Sabanalarga incurrió en mora para consignar las cesantías anuales a favor de la demandante, comoquiera que debía cumplir con esa obligación, a más tardar, el 14 de febrero del año siguiente a aquel en que se causaron.

No obstante, en lo que corresponde a la sanción moratoria la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 del 6 de agosto de 2020, sentó jurisprudencia frente a la prescripción así:

- «i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, **es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes**, so pena de configurarse la prescripción extintiva.
- ii) En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, **el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año**, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción.»

Lo anterior permite concluir que, en efecto, la sanción o indemnización moratoria del auxilio de cesantías anualizadas está sometida a la prescripción extintiva, por lo que la reclamación deberá presentarse en los tres años siguientes desde que se causen y se genera automáticamente el incumplimiento o tardanza, el 15 de febrero del año siguiente a su causación.

Así las cosas, el término para reclamar la sanción moratoria por la inoportuna consignación de sus cesantías empezó a correr de la siguiente forma:

Periodo de cesantías	Fecha en la que surgió la mora	Fecha en que operó la prescripción
1997	15 de febrero de 1998	15 de febrero de 2001
1998	15 de febrero de 1999	15 de febrero de 2002
1999	15 de febrero de 2000	15 de febrero de 2003
2000	15 de febrero de 2001	15 de febrero de 2004
2001	15 de febrero de 2002	15 de febrero de 2005



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 08001-23-33-000-2016-00188-01

Demandante : Mónica Patricia Fontalvo Coronado

2002	15 de febrero de 2003	15 de febrero de 2006
2003	15 de febrero de 2004	15 de febrero de 2007

En ese escenario, considera la Sala que tal como lo encontró el *a quo*, en el caso de marras operó el fenómeno de prescripción de la sanción moratoria, en tanto la demandante presentó la reclamación administrativa el 17 de septiembre de 2015, esto es, por fuera del término establecido por el legislador, por lo que se constata que dejó transcurrir un lapso superior a tres (3) años sin presentar la reclamación administrativa de la sanción moratoria.

Prescripción que no opera de forma parcial como lo pretende la recurrente, en tanto, si bien la sanción mora se causa y acumula diariamente, no es una prestación periódica por tratarse de una penalidad indivisible de ejecución instantánea, y su acrecimiento en el tiempo no la convierte en una obligación divisible, de tal manera que el término de prescripción define un límite claro hasta cuándo se puede reclamar.

Así las cosas, ante la no prosperidad del recurso, se confirmará la sentencia de primera instancia que declaró probada la excepción de prescripción; sin embargo, se deberá conminar al municipio de Sabanalarga para que proceda a realizar la consignación en el Fondo, respecto de la prestación causada en los años 1997 a 2003 teniendo en cuenta que como la relación laboral permanece vigente las cesantías tienen el carácter imprescriptible³² y, por ende, la administración está en la obligación de reconocerlas en caso de que aún no lo haya efectuado.

2.5. Condena en costas

En el caso concreto, no se condenará en costas a la parte demandante; si bien antes esta Sala de Subsección valoraba objetivamente la conducta de la parte vencida para determinar si había lugar a condenar en costas, lo cierto es que, con la entrada en vigencia de la Ley 2080 de 2021, se procede hacer un estudio sobre la conducta de las partes en el proceso y la carencia de fundamentación jurídica, por lo que, en esos términos, al hacer extensiva esa interpretación al caso analizado, no se advierte dicha carencia.

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

III. FALLA

PRIMERO. Confirmar la sentencia proferida el 12 de febrero de 2021 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que declaró probada la excepción de

³² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, CE-SUJ004 de 2016, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 08001-23-33-000-2016-00188-01

Demandante : Mónica Patricia Fontalvo Coronado

prescripción y negó las pretensiones de la demanda, según las motivaciones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO. Conminar al municipio de Sabanalarga a pagar las cesantías adeudadas a la demandante, en caso de que aún no lo haya efectuado.

TERCERO. Sin condena en costas en esta instancia conforme a lo expuesto en las motivaciones de esta providencia.

CUARTO. Efectuar las anotaciones correspondientes en la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del Consejo de Estado – “SAMAI”, y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LUIS EDUARDO MESA NIEVES

Firmado electrónicamente

JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: *La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley y el art. 186 del CPACA*