



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: 23001 23 33 000 2018 00356 01 (1152-2023)
Demandante: Leónidas Erasmo Baños Martelo
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional
– Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, departamento de Córdoba y municipio de San Carlos.
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 noviembre de 2020**, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba¹, 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 nro. 0007 del 4 de enero de 2018, emitido por el municipio de San Carlos.
- Acto ficto o presunto por la no respuesta de la petición elevada ante el departamento de Córdoba el 11 de diciembre de 2017.
- Oficio nro. 2017-EE-220231 del 20 de diciembre de 2017, emanado por la asesora secretaria general de la Unidad de Atención al Ciudadano del Ministerio de Educación Nacional.

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,

¹ El proceso se tramitó en la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba, de la que no participó el consejero ponente.



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 23001-23-33-000-2018-00356-01

Demandante : Leónidas Erasmo Baños Martelo

producto de la omisión en la consignación del auxilio de cesantías correspondiente a los años 2004 a 2010, inclusive, en el fondo administrador de 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

El señor Leónidas Erasmo Baños Martelo labora como docente de planta del municipio de San Carlos desde el 19 de noviembre de 2004.

Las entidades demandadas no consignaron de forma oportuna las cesantías anualizadas de los años 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010; por ello, se hacen merecedoras 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 11 de diciembre de 2017, el demandante solicitó al municipio de San Carlos 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 nro. 0007 del 4 de enero de 2018.

La misma solicitud, fue presentada ante el Ministerio de Educación Nacional y el departamento de Córdoba, siendo negadas por medio del oficio 2017-EE-220231 del 20 de diciembre de 2017 y el acto ficto producto de la no respuesta a la petición, 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.C².

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.

² Así se indica en la demanda.



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 23001-23-33-000-2018-00356-01

Demandante : Leónidas Erasmo Baños Martelo

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el municipio de San Carlos y el departamento de Córdoba, 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 del servidor público.

1.4. Contestación de la demanda

El **departamento de Córdoba**³ al contestar la demanda se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto la responsabilidad de lo solicitado es del Ministerio de Educación Nacional y del municipio de San Carlos, más no del departamento de Córdoba.

El demandante no se encontraba afiliado a un fondo privado, sino al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Dicha vinculación fue realizada el 2 de marzo de 2011, y que sus aportes prestacionales y descuentos laborales fueron girados al FNPSM desde el día de su vinculación al departamento.

Propuso las excepciones de “inexistencia del derecho reclamado”, “falta de legitimación en la causa por pasiva” y “prescripción”.

Por su parte, la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**⁴ también se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Argumentó que las pretensiones del demandante no son ajustadas a derecho, ya que no considera el ordenamiento jurídico aplicado 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.

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”.

El **municipio de San Carlos**⁵ por conducto de apoderada se opuso a las pretensiones de la demanda. Como argumento, expuso que el docente no era sujeto de la nómina del municipio, sino del departamento de Córdoba. Pues, no

³ Folios 64 a 74 del expediente físico

⁴ Folios 48 a 59 del expediente físico

⁵ Folios 87 a 97 del expediente físico



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 23001-23-33-000-2018-00356-01

Demandante : Leónidas Erasmo Baños Martelo

existió relación laboral entre el demandante y el municipio dentro de los años alegados, esto es 2004 a 2010, por ende, la obligación de consignar las cesantías no estaba a cargo del ente territorial.

Planteó como excepciones “inexistencia de relación laboral entre demandante y el municipio demandado con relación a las vigencias 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010”, “cobro de lo no debido” y “falta de legitimación en la causa por pasiva”.

1.5. Sentencia de primera instancia⁶

El Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante sentencia del **12 de noviembre de 2020**, declaró probada la excepción de prescripción extintiva y, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

Manifestó el *a quo* que el actor hasta el año 2010 se encontraba cobijado por el régimen anualizado de cesantías, por lo que es aplicable la sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020, providencia que unificó la postura sobre la prescripción de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990.

En ese escenario, comoquiera que el demandante persigue el pago de la sanción moratoria por la no consignación de las anualidades 2004 a 2010, sobre el derecho pretendido ha operado el fenómeno de la prescripción trienal. Al presentarse la reclamación administrativa el 11 de diciembre de 2017, es claro que transcurrieron más de 3 años desde que la obligación se hizo exigible, sin pruebas en el expediente de su interrupción.

1.6. Recurso de apelación⁷.

La apoderada del demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia solicitando se revocaran los numerales primero y segundo, que declaró probada la excepción de prescripción y negó las pretensiones de la demanda respectivamente, por los siguientes motivos:

Después de relacionar algunos antecedentes normativos y jurisprudenciales⁸ que tratan el fenómeno de la prescripción dentro del ordenamiento jurídico, afirmó que:

«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

⁶ Folios 246 a 262 del expediente físico

⁷ Folios 277 a 283 del expediente físico.

⁸ 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 : 23001-23-33-000-2018-00356-01

Demandante : Leónidas Erasmo Baños Martelo

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 11 de diciembre de 2014.

Por lo tanto, el pago de la sanción moratoria debe hacerse desde el 11 de diciembre de 2014, hasta que se consignen las cesantías del señor Baños Martelo.

Señaló que la postura adoptada por el Tribunal 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.

Precisó que, para declarar la prescripción, la sentencia siguió el precedente de la sentencia CE-SUJ-SII-022-2020 del 6 de agosto de 2020; pero, al momento de la presentación de la demanda «14 de noviembre de 2017», dicho criterio no existía, por lo que ese precedente no es aplicable, ya que la Corporación ha sostenido que tales cambios jurisprudenciales operan hacia el futuro.

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** adoptó la misma posición del recurso de apelación.

La apoderada del **municipio de San Carlos** alegó que: i) el escrito de apelación no tiene peso jurídico para provocar decisión contraria a la dictada, ii) quedó probado la ocurrencia de la prescripción, iii) en el recurso no se menciona responsabilidad del ente territorial y iv) el Consejo de Estado ha fallado apelaciones similares confirmando la decisión inicial.

El agente **Ministerio Público** dentro de la oportunidad prevista para ello, no emitió pronunciamiento.

La Sala deja constancia que dado que el proceso se ha tramitado en forma legal y no se observa causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, procederá a resolver la alzada, previas las siguientes,



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 23001-23-33-000-2018-00356-01

Demandante : Leónidas Erasmo Baños Martelo

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 CPACA⁹.

Conforme 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

Esta Sala de Subsección determinará si la sentencia de primera instancia que declaró probada la excepción de prescripción se encuentra ajustada a derecho o no ha ocurrido el citado fenómeno y, en consecuencia, hay lugar a revocar la providencia recurrida.

Para responder al problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: 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.»¹⁰

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 cesantía¹¹.

Con relación a esta prestación la misma Corporación, ha dicho que dado su contenido opera el principio de progresividad y la prohibición de regresividad.

⁹ «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 [...]».

¹⁰ SU 448 de 2016, SU 098-18.

¹¹ Sentencia C-486 de 2016



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 23001-23-33-000-2018-00356-01

Demandante : Leónidas Erasmo Baños Martelo

La Ley 6 de 1945¹² en el artículo 12, literal f), estableció, a favor de los trabajadores oficiales, el derecho al auxilio de cesantías a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio y, proporcionalmente, por fracciones de año, y el artículo 17, literal a), de la citada norma consagró que ese auxilio se reconocería a todos los empleados y obreros nacionales de carácter permanente¹³.

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 Ahorro¹⁴, que se encargaría de administrar las cesantías y estableció en el artículo 27, 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 precitada ley 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

¹² «por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»

¹³ La Ley 65 de 1946, en el artículo 1°, consagró tal derecho a favor de todos los servidores públicos.

¹⁴ Artículo 1° del mencionado Decreto.



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 23001-23-33-000-2018-00356-01

Demandante : Leónidas Erasmo Baños Martelo

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.»

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.

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996¹⁵, 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 1998¹⁶.

¹⁵ Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.

¹⁶ «**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»



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 23001-23-33-000-2018-00356-01

Demandante : Leónidas Erasmo Baños Martelo

La **Ley 50 de 1990**¹⁷, 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.

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

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



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 23001-23-33-000-2018-00356-01

Demandante : Leónidas Erasmo Baños Martelo

Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía.» (Negrilla y Subrayado fuera de texto original).

Norma que dispuso, en su numeral 3° una sanción en caso de mora en la consignación del valor liquidado en la cuenta individual, liquidación que conforme al numeral 1°, 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 3°, se prescribe la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.” 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.

Con la entrada en vigor de la Ley 91 se creó un nuevo régimen prestacional especial para los docentes nacionales y todos vinculados 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 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 2003¹⁸, 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**

¹⁸ Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario.



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 23001-23-33-000-2018-00356-01

Demandante : Leónidas Erasmo Baños Martelo

en subcuentas independientes, correspondiente a los recursos de pensiones, cesantías y salud.» (Negrilla del texto original).

Por su parte, la obligación de afiliación de todos los docentes del servicio público del país al Fomag a más tardar el 31 de octubre de 2004¹⁹, surgió con el Decreto 3752 de 2003²⁰, 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.

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 consagra el trámite para el reporte de la información de las entidades territoriales, y el artículo 9º 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.(...)» (subraya fuera del texto)

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 cuentas individuales para recibir y administrar las cesantías de los docentes como ocurre con los fondo privados que administran dicha prestación.

¹⁹ Como en idéntico se había desarrollado en el Decreto 0196 de 1995, por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 6º 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.

²⁰ 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 : 23001-23-33-000-2018-00356-01

Demandante : Leónidas Erasmo Baños Martelo

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**²¹, 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, como un mínimo de protección social en favor del docente estatal.**” (Negrilla del texto original)

La decisión en comento se aplica a todos los procesos en curso y en los que se pretende aplicar la normativa estudiada; constituyendo precedente obligatorio al tenor de los artículos 10 y 102 del CPACA, para todos los casos en discusión, administrativa y 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 San Carlos - Córdoba mediante el Decreto nro. 067 del 31 de octubre de 2001²² nombró al señor Leónidas Erasmo Baños Martelo en el cargo de docente en el mencionado municipio.

Información que concuerda con los datos consignados en el formato único para la expedición de certificado de historia laboral del 3 de octubre de 2019²³.

El demandante se posesionó el 19 de noviembre de 2004 en el cargo de docente de tiempo completo en la Institución Educativa el Hato, sede las Tinajas del municipio de San Carlos²⁴. Luego, fue incorporado a la planta de personal del departamento de Córdoba el 1° de enero de 2004²⁵.

El 11 de diciembre de 2017²⁶, el señor Baños Martelo solicitó ante la gobernación del departamento de Córdoba, 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 afiliado durante los años 2004, 2005, 2006,

²¹ Expediente 66001-33-33-001-2022-00016-01 (5746-2022)

²² Folios 19 a 22 del expediente físico.

²³ Folios 214 a 221 del expediente físico.

²⁴ Folio 18 del expediente físico.

²⁵ Así se afirma en la certificación del 24 de octubre de 2019 emitida por la Secretaría de Educación de la Gobernación de Córdoba.

²⁶ Folios 26 del expediente físico.



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 23001-23-33-000-2018-00356-01

Demandante : Leónidas Erasmo Baños Martelo

2007, 2008, 2009 y 2010. Petición replicada ante el municipio de San Carlos y el Ministerio de Educación Nacional el mismo día²⁷.

El alcalde municipal de San Carlos a través del Oficio nro. 0007 del 4 de enero de 2018²⁸ informó que la entidad para las vigencias 2004 a 2010, no tenía la obligación de girar las cesantías a ningún fondo administrador, dado que el demandante no estaba vinculado al municipio²⁹.

Por su parte la asesora de la Secretaría General de la Unidad de Atención al Ciudadano del Ministerio de Educación el 20 de diciembre de 2017³⁰ comunicó al actor que la petición fue remitida a la Secretaría de Educación del departamento de Córdoba como asunto de su competencia.

La Secretaría de Educación del departamento de Córdoba con fecha del 24 de octubre de 2019³¹, certificó lo siguiente:

«1. El docente LEONIDAS BAÑOS MARTELO, C.C 78.688.565, fue incorporado a la planta de personal del departamento de Córdoba el 01/01/2004 y afiliado por esta entidad territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FNPSM el 02/03/2011, con retroactividad a la fecha de nombramiento por el municipio de San Carlos.

[...]

Se precisa que este docente fue vinculado (nombrado) por el municipio de San Carlos el 31/10/2001; por tanto, las cesantías del período anterior a la incorporación al departamento, son responsabilidad de este municipio y el departamento provisionó sus cesantías entre los años 2004 y 2007 y las consignó por los años 2008 y 2010 a Colfondos, **afiliándolo con pasivo prestacional al FNPSM el 02/03/2011.**

[...]» (negrilla fuera de texto original)

El demandante pretende que se le reconozca y pague la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, por la omisión en la consignación de las cesantías anuales de 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010, 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, que unificó jurisprudencia frente a la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales a los docentes, así: «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

²⁷ Folios 29 y 32 del expediente físico.

²⁸ Fecha que aparece consignado en el acto administrativo.

²⁹ Folio 35 del expediente físico.

³⁰ Folios 33 y 34 del expediente físico.

³¹ Folios 232 y 233 del expediente físico.



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 23001-23-33-000-2018-00356-01

Demandante : Leónidas Erasmo Baños Martelo

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)

Así con el fin de establecer si el docente tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, corresponde determinar si se encontraba o no afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sobre el particular advierte la Sala que del certificado emitido por el líder administrativo y financiero de la Secretaría de Educación del departamento de Córdoba, se extrae que el señor Baños Martelo fue afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio el 2 de marzo de 2011³², con efectos retroactivos a partir de su vinculación al municipio de San Carlos, situación que en principio llevaría a la conclusión que el demandante no tiene derecho a la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, por encontrarse afiliado al FNPSM; no obstante, dicha afiliación se produjo con posterioridad a los periodos reclamados, fecha para la cual ya se había causado la sanción por no consignación³³.

En ese sentido, considera la Sala se aplica la segunda parte de la regla de unificación antedicha, por lo que corresponde estudiar si tiene derecho o no al pago de la sanción moratoria³⁴.

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 de la sanción moratoria 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, 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

³² Así se evidencia en el certificado emitido por la Secretaría de Educación de Córdoba anteriormente citado

³³ Esta subsección en las sentencias con radicados internos (3351-2022), (4022-2021) del 1° de agosto de 2024, llegó a la misma conclusión en casos similares a los aquí tratados.

³⁴ Actualmente sí está afiliada al fondo referido, pero, para la fecha en que se generó el derecho a las cesantías de 1999 a 2003, no se había producido tal afiliación.



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 23001-23-33-000-2018-00356-01

Demandante : Leónidas Erasmo Baños Martelo

y se genera automáticamente el incumplimiento o tardanza, el 15 de febrero del año siguiente a su causación.

Por lo tanto, 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
2004	15 de febrero de 2005	15 de febrero de 2008
2005	15 de febrero de 2006	15 de febrero de 2009
2006	15 de febrero de 2007	15 de febrero de 2010
2007	15 de febrero de 2008	15 de febrero de 2011
2008	15 de febrero de 2009	15 de febrero de 2012
2009	15 de febrero de 2010	15 de febrero de 2013
2010	15 de febrero de 2011	15 de febrero de 2014

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 11 de diciembre de 2017, 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.

Por último, considera la Sala que no le asiste razón al apelante cuando afirma que el precedente de unificación CE-SUJ-SII-022-2020 del 6 de agosto de 2020 no le era aplicable a su caso, toda vez que en el ordinal segundo de esta se dispuso que la misma tendría efectos retrospectivos. Situación que también ocurre con la sentencia SUJ-032-CE-S2-2023 del 11 de octubre del año 2023.

En ese escenario, como el presente caso se encontraba en trámite para el momento en que se emitieron las aludidas providencias de unificación, resultan de obligatorio cumplimiento las tesis ahí fijadas.

Así las cosas, ante la no prosperidad del recurso, se confirmará la sentencia de primera instancia que declaró probada la excepción de prescripción.



Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado : 23001-23-33-000-2018-00356-01

Demandante : Leónidas Erasmo Baños Martelo

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 noviembre de 2020 por el Tribunal Administrativo de Córdoba, que declaró probada la excepción de prescripción y negó las pretensiones de la demanda, según las motivaciones expuestas en la parte considerativa.

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

TERCERO. 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