



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Demandante: FANNY RIVERA BARRERO
Demandados: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG Y OTRO.
Radicado N° 73001-33-33-005-2018-00012-00

ACTA N° 285

En Ibagué, siendo las cuatro y cuarenta y cuatro de la tarde (4:44PM) del día veintiséis (26) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) el suscrito Juez Quinto Administrativo del Circuito de esta ciudad, en asocio con la Oficial Mayor del Despacho a quien designó como Secretaria Ad-hoc para esta diligencia, se constituye en audiencia en la **Sala N° 2** ubicada en las instalaciones donde funcionan los Juzgados Administrativos del Circuito de Ibagué, con el fin de realizar la continuación de la **AUDIENCIA INICIAL** que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A, dentro del expediente de la referencia, a la que se citó mediante providencia del 8 de noviembre de 2019¹ a efectos de proveer el saneamiento del proceso, la decisión de excepciones previas, la fijación del litigio, la posibilidad de una conciliación entre las partes, la resolución de medidas cautelares, el decreto de las pruebas peticionadas y en caso de ser posible, proferir decisión de mérito.

Se informa a los intervinientes que el presente debate será grabado con los equipos de audio con que cuenta éste recinto de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 183 del C.P.A.C.A.

En consecuencia, se solicita a las partes y a sus apoderados que de viva voz se identifiquen indicando nombre completo, documento de identificación, tarjeta profesional en el caso de los apoderados, dirección donde reciben notificaciones, al igual que sus correos electrónicos. Dicha grabación se anexará al expediente en medio magnético.

Parte demandante: LELIA ALEXANDRA LOZANO BONILLA. CC. N° 28'540.982 de Ibagué y la T.P. N° 235.672 del C. S. de la J. Dirección: Carrera 2 N° 11-70 Centro Comercial San Miguel, Locales 11, 12 y 13 de la ciudad de Ibagué. Tel. 2610200. Correo electrónico: notificacionesibague@giraldoabogados.com.co

Parte demandada FOMAG: YANETH PATRICIA MAYA GÓMEZ identificada con la C.C. N° 40.927.890 de Riohacha y la T.P. N° 93.902 del C.S. de la J. Dirección: Carrera 5 calle 37 local 110 Edificio Fontainebleau la ciudad de Ibagué. Tel. 3005875100 Correo electrónico: t_ymaya@fiduprevisora.gov.co.

CONSTANCIA: así mismo, se deja constancia que el apoderado judicial de la parte demandada Dr. GUSTAVO ADOLFO ORTIZ TRUJILLO, no compareció a la presente audiencia pese a que mediante providencia del 8 de noviembre de 2019 se notificó en debida forma, por tanto, se le **concede el término de 3 días** para que allegue la justificación de su inasistencia, en los términos del artículo 180, numeral 4 del CPACA.

¹ FI 100

Ahora bien, instalada en debida forma la presente audiencia procede el Despacho a desarrollar la etapa inicial o de **SANEAMIENTO DEL PROCESO** aclarando que la misma tiene por finalidad evitar decisiones inhibitorias o futuras nulidades.

Una vez revisada la actuación procesal a la luz de la providencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima que revocó el auto del 17 de octubre de 2019 y ordenó diferir el estudio del medio exceptivo de prescripción al fondo del asunto, se advierte, de conformidad con la constancia secretaria vista a folio 69 que la entidad accionada **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG**, contesto la demanda de forma extemporánea por lo que el Despacho procede a señalar, para todos los efectos legales y procesales, que se tendrá por no contestada la misma y en ese orden de ideas, de existir pronunciamiento frente a las excepciones de conformidad con lo decidió por el superior, se hará de oficio en la etapa del fallo.

Pese a lo anterior, el Despacho pregunta a las partes si advierten alguna inconsistencia en el trámite procesal susceptible de afectar total o parcialmente la legalidad de la actuación, con miras a sanear el procedimiento, de conformidad con el mandato contenido en el artículo 207 del C.P.A.C.A., recordándole a las partes, que los posibles vicios que se adviertan en esta etapa no podrán ser alegados en etapas posteriores, salvo que se trate de hechos nuevos.

Apoderado parte demandante: Sin observación.

Apoderado parte demandada NACIÓN – MIN – EDUCACIÓN - FOMAG: Sin observación.

DESPACHO: Teniendo en cuenta lo manifestado por las partes, y en consecuencia, al no existir vicios que invaliden la actuación, procede el Despacho a resolver lo que corresponde, en relación con las excepciones previas.

La presente decisión queda notificada en estrados.

Apoderado parte demandante: Sin observación.

Apoderado parte demandada FOMAG: Sin observación.

EXCEPCIONES PREVIAS: Continuando con el trámite de la audiencia, corresponde resolver las excepciones previas y las que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 No. 6 del CPACA, deban ser resueltas en esta etapa.

Se observa que el **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA** al momento de contestar la demanda, la entidad no propuso excepciones.

Por su parte la **Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG:** al momento de contestar la demanda lo hizo de forma extemporánea, de conformidad con la constancia secretaria vista a folio 69 del expediente.

Como no existen excepciones previas que resolver, y por su parte el Despacho no advierte la existencia de alguna de ellas o de otras que deban ser resueltas en esta oportunidad, se continuará con la etapa siguiente de esta audiencia, no sin antes notificar la providencia en estrados.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

Parte demandante: Sin observación.

Parte demandada NACIÓN – MIN – EDUCACIÓN - FOMAG: Sin observación.

FIJACIÓN DEL LITIGIO: El Despacho procede a fijar el litigio advirtiendo que del

contenido de la demanda, de las contestaciones a la misma y de los documentos obrantes en el expediente, se sustraen los siguientes hechos que guardan relevancia con el objeto de la litis, excluyéndose de los mismos, manifestaciones que no tengan relación directa con lo pretendido.

Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG: al momento de contestar la demanda lo hizo de forma extemporánea, de conformidad con la constancia secretaria vista a folio 69 del expediente.

Departamento del Tolima: Al momento de contestar la demanda indicó que los hechos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° son ciertos, que los hechos 6° y 7° no son ciertos².

Conforme a lo anterior, los **HECHOS PROBADOS** son los siguientes:

1. La demandante **FANNY RIVERA BARRERO** se vinculó al servicio docente el día 02 de septiembre de 1995 y por prestar sus servicios como docente de vinculación Nacional, el 18 de marzo de 2014 solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento de sus cesantías parciales para reparación de vivienda (Fls 6-7).
2. El 26 de septiembre de 2014 mediante Resolución N° 6318, el Departamento del Tolima reconoció y ordenó pagar al demandante las cesantías parciales para reparación de vivienda solicitadas (Fls 6-7).
3. El 26 de enero de 2015, se realizó el pago de la prestación al demandante por intermedio de entidad bancaria BBVA (FI 8).
4. El 07 de julio de 2017, el demandante por intermedio de apoderado judicial solicitó a la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento del Tolima el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales (FI 11-13).
5. Mediante Oficio N° SAC2017RE8404 del 31 de julio de 2017 la entidad demandada resolvió negativamente la anterior petición (FI 14).

De conformidad con lo anterior, se procede a fijar el **PROBLEMA JURÍDICO** de la siguiente manera:

*Corresponde al Despacho determinar si ¿la señora **FANNY RIVERA BARRERO** en su calidad de docente nacional perteneciente al régimen anualizado de cesantías, tiene derecho a que le sea reconocida y pagada la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 por el pago tardío de sus cesantías parciales, o si por el contrario, el acto administrativo demandado contenido en el Oficio N° **SAC2017RE8404** del **31 de julio de 2017** está ajustado o no a derecho?*

De igual manera, como problema jurídico asociado corresponderá al Juzgado determinar ¿si en el presente asunto operó el fenómeno jurídico de la prescripción conforme lo dispone el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social?

Establecido lo anterior, se concede la palabra a las partes con el fin que manifiesten si están de acuerdo con la fijación del litigio.

² Fls 58

La anterior decisión queda notificada en estrados.

Parte demandante: Sin observación.

Parte demandada NACIÓN – MIN – EDUCACIÓN - FOMAG: Sin observación.

CONCILIACIÓN: Una vez fijado el litigio se procede a invitar a las partes a que concilien sus diferencias, para lo cual se concederá el uso de la palabra a cada una de ellas para que indiquen si tienen ánimo para llegar a un arreglo.

Parte demandada FOMAG: A la entidad no le asiste ánimo conciliatorio atendiendo lo contenido en el acta No. 43 del 9 de julio de 2019. En virtud de lo anterior, allega copia de dicha decisión, la cual consta en 2 folios.

DESPACHO: Escuchada la posición de la parte demandada y teniendo en cuenta que no le asiste ánimo conciliatorio, el Despacho **declara fallida** esta etapa de la audiencia.

MEDIDAS CAUTELARES: Continuando con el trámite establecido en el artículo 180 del C.P.A.C.A., sería del caso resolver sobre las medidas cautelares; no obstante, como aquellas no se solicitaron se declara concluida esta etapa.

DECRETO DE PRUEBAS: El Despacho procede a decretar las pruebas solicitadas por las partes **que sean pertinentes, conducentes y útiles** para resolver el problema jurídico planteado en la etapa de fijación del litigio, así:

PARTE DEMANDANTE: Téngase como pruebas, con el valor probatorio que les asigna la ley, los documentos aportados por la parte actora y que obran a folios 6 al 14 del expediente.

PARTE DEMANDADA: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG: al momento de contestar la demanda lo hizo de forma extemporánea, de conformidad con la constancia secretaria vista a folio 69 del expediente.

PARTE DEMANDADA – DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: Téngase como pruebas, con el valor probatorio que les asigna la ley, los documentos aportados con la contestación de la demanda y que obran a folios 51 a 60 del expediente.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

En consecuencia, atendiendo a que el presente asunto es de puro derecho y que no existen pruebas por practicar, se prescinde de la segunda etapa del proceso (audiencia de pruebas) de conformidad con lo preceptuado en el inciso final del artículo 179 del CPACA.

La presente decisión se notifica en estrados.

Parte demandante: Sin observación.

Parte demandada NACIÓN – MIN – EDUCACIÓN - FOMAG: Sin observación.

Efectuadas las anteriores precisiones y atendiendo a que se prescindió del término probatorio, el Juzgado continuando con la presente diligencia se constituye en audiencia de alegaciones y juzgamiento, y por tal razón se concede a cada una de las partes el término de hasta cinco (5) minutos para que expongan sus alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que si a bien lo tiene proceda a presentar sus alegatos de conclusión.

Parte demandante: Expuso sus alegatos de conclusión los cuales quedan

registrados en sistema de audio y video (**Min 12:24 a 12:59**).

Parte demandada – Nación – Ministerio de Educación – FOMAG: Expuso sus alegatos de conclusión los cuales quedan registrados en sistema de audio y video (**Min 13:05 a 13:35**).

Escuchada la posición de las partes y analizada la totalidad de la actuación procesal, encuentra el Despacho que están acreditados los presupuestos procesales, y como no se observa causal alguna que invalide lo actuado, resulta oportuno y procedente proferir decisión de mérito.

De conformidad con el artículo 179 y 187 de la ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación.

SENTENCIA

Habiéndose expuesto en precedencia los hechos que dieron origen a la presente demanda, las pretensiones elevadas por la parte demandante, las normas violadas y el concepto de la violación, el Despacho se abstendrá de volver sobre estos puntos.

COMPETENCIA

Es competente este Despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el numeral 4 del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

Así las cosas, recuerda el Despacho que el **problema jurídico** por resolver consiste en determinar si:

*Corresponde al Despacho determinar si ¿la señora **FANNY RIVERA BARRERO** en su calidad de docente nacional perteneciente al régimen anualizado de cesantías, tiene derecho a que le sea reconocida y pagada la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 por el pago tardío de sus cesantías parciales, o si por el contrario, el acto administrativo demandado contenido en el Oficio N° **SAC2017RE8404** del **31 de julio de 2017** está ajustado o no a derecho?*

De igual manera, como problema jurídico asociado corresponderá al Juzgado determinar ¿si en el presente asunto operó el fenómeno jurídico de la prescripción conforme lo dispone el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social?

EL AUXILIO DE CESANTÍA Y LA SANCIÓN MORATORIA.

A pesar de que las normas que la regulan no definen el auxilio de cesantías, se ha considerado por parte del Honorable Consejo de Estado que: “este auxilio corresponde a una suma de dinero que el empleador está obligado a pagar al trabajador a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio a la finalización del contrato de trabajo, en el caso de los particulares; o en el caso de los públicos, un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero basado en el mismo fundamento jurídico y filosófico a una y otra clase de trabajadores: la relación de trabajo”³.

³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II Subsección A, del 11 de noviembre de 2009, Expediente No 250002325000200304523 01 (0808-07), Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Su objetivo o finalidad es “cubrir o prever las necesidades que se originan para el trabajador con posterioridad al retiro de una empresa, por lo que resulta un ahorro obligado orientado a cubrir el riesgo de desempleo. Se trata de un objetivo acorde con los principios de una Constitución humanista fundada en el respeto por la dignidad humana, en este caso del trabajador”⁴

En lo relativo a la aplicación de la ley 1071 de 2006 (por medio de la cual se adiciona y modifica la ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación) a los docentes oficiales, el artículo segundo de la citada disposición, estableció que dentro de los destinatarios de esta ley se encontraban los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, incluyendo obviamente a los docentes oficiales.

De otra parte, en los artículos 4 y 5 de la citada disposición, se reguló el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías, sus términos y las sanciones respectivas, estableciendo lo siguiente:

« [...] Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley»

Así mismo, frente a la sanción moratoria, el artículo 5 reguló:

« [...] Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este [...]» (subraya fuera texto).

De la normatividad transcrita se observa que el legislador no sólo reguló la mora en el pago de las cesantías, sino que además le dio un término a la entidad para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las mismas, por ende, debe estudiarse cada caso en concreto, pues si el acto administrativo de reconocimiento se expide dentro del término legal conferido, los 45 días para el pago comienza a contabilizarse desde la firmeza del mismo; no obstante, si la entidad competente para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías sobrepasa el término para emitirlo, por culpa de la entidad y no del solicitante, no es procedente inferir que el término de la sanción moratoria empieza a contarse desde la firmeza del acto administrativo expedido tardíamente, toda vez que ello atentaría contra el espíritu de la norma, que es darle un tiempo prudencial a la entidad para que realice el procedimiento interno de reconocimiento y pago de una prestación social que le pertenece al servidor público por el solo hecho de laborar en la entidad.

⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C – 823 de 2006.

De otra parte, en cuanto a la aplicación de la ley 1071 de 2006 a los docentes, la Honorable Corte Constitucional, mediante sentencia C-486 de 2016 declaró inexecutable el artículo 89 de Ley 1769 de 2015 *"por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y Ley de Apropiações para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2016"*, en tanto estimó que con la modificación realizada por la Ley 1769 de 2015 el nuevo régimen de pago de las cesantías de los docentes afectaba los intereses de los mismos, razón por la cual señaló:

"En concepto de la Sala, la modificación que se introdujo por el legislador al régimen de pago de las cesantías de los docentes se concreta en dos aspectos. La ampliación del plazo para pagarlas y la disminución de la sanción en la cancelación de los intereses de mora por incumplimiento de esta obligación.

Estas dos medidas afectan, en principio, los intereses de los trabajadores y, al incidir en el pago de las cesantías, puede concluirse que la medida es, prima facie, restrictiva. Sin embargo, podría argumentarse en contra de esta conclusión que el plazo y los intereses por mora son aspectos accesorios y que el legislador no tocó ni 'el núcleo' esencial, ni el contenido específico del derecho a las cesantías, sino que instrumentalizó determinada forma de pago.

Este contra argumento, sin embargo, pasaría por alto el sentido mismo de las cesantías. El plazo para su pago tiene relevancia pues, precisamente, pretenden auxiliar a la persona que se queda temporalmente sin trabajo, razón por la cual es necesario que el lapso de espera sea razonable y, aunque no le corresponde a la Corte establecer cuál es, exactamente, ese plazo razonable, sí es claro para este tribunal que ampliarlo, sin razones poderosas para hacerlo, es inconstitucional. En lo que tiene que ver con el interés por mora ocurre algo semejante. La razón por la cual en algunas normas sustantivas el legislador ha incorporado la sanción de un día de salario por cada día de mora es, precisamente, porque una persona sin trabajo sufre cada día una lesión intensa a su mínimo vital. Una vez más, lo anterior no significa que esta sea la única forma válida de calcular tal interés, pero su modificación por otra fórmula debe basarse en razones constitucionales que justifiquen la regresión.

Por otra parte, es imprescindible señalar que el análisis de regresividad sí admite 'pasos atrás', pero que la carga de justificarlos radica en quien impone la medida, es decir, para el caso de las leyes, en el Congreso de la República. En este trámite, sin embargo, no existe una justificación específica y satisfactoria que, en el proceso de elaboración de la ley, explique la decisión de modificar el plazo y la sanción por mora en el pago de las cesantías. Y ello es explicable, en la medida en que se trata de una norma incluida en una ley que trataba un aspecto totalmente distinto, según se ha concluido en el estudio por violación al principio de unidad de materia.

Así las cosas, resulta que con la introducción del artículo 89 de la Ley 1769 de 2015 no sólo se desconoció el principio de unidad de materia, sino que, además, se creó un régimen más oneroso y regresivo en términos de pago de cesantías y de intereses de mora, que modifica lo establecido en los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, ya que el plazo para el pago de las cesantías pasa de cuarenta y cinco (45) días hábiles a sesenta (60) días hábiles, que en términos reales puede llegar a ser desde ochenta (80) días hábiles hasta ochenta y cinco (85) días hábiles por la utilización de los recursos, dando lugar a que se amplíe en un término de hasta quince días el pago de las cesantías para los docentes oficiales." (Subraya el Despacho).

A su turno, la Corte Constitucional⁵ en Sentencia SU 336 del 18 de mayo de 2017 consideró que en virtud al derecho a la igualdad, es procedente el reconocimiento de indemnización moratoria a favor de los docentes oficiales por el pago tardío de las cesantías, establecido en el régimen general de Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, concluyendo lo siguiente:

"9. Conclusiones

9.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías.

Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.

*9.2. La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, **unificará la jurisprudencia sobre el particular**. Lo anterior, por cuanto:*

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro –en el caso del pago parcial de cesantías–, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989.

(iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.

⁵ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia SU 336 de 2017. MP. Iván Humberto Escruería Mayolo. 18 de mayo de 2017.

(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.

(vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución.

(...)."

Posteriormente, el Consejo de Estado en sentencia de Unificación⁶ sobre el mismo tópico fijó las siguientes reglas:

"PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción por mora en el pago de las cesantías.

SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

TERCERO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que, en tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sala Plena. Radicado N° 73001-23-33-000-2014-00580-01. CE-SUJ-SII-012-2018. 18 de julio de 2018.

asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

(...)."

Significa lo anterior que, los docentes oficiales tienen derecho al reconocimiento de la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías establecido en el régimen general de Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, con sustento en las reglas fijadas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, las cuales son acogidas en su integridad por el Despacho.

CASO CONCRETO:

Está acreditado en el proceso que la señora **FANNY RIVERA BARRETO** prestó sus servicios como docente Nacional del régimen anualizado de cesantías y que el **18 de marzo de 2014** solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales para reparación de vivienda (FI 6-7).

Por lo anterior, mediante Resolución No. **6318 del 26 de septiembre de 2014**, el Departamento del Tolima reconoció la prestación deprecada por el demandante (Fls 6-7).

En virtud de lo anterior, el **26 de enero de 2015** el Fondo de Prestaciones del Magisterio – Fiduprevisora S.A realizó el pago de la prestación al demandante por intermedio de entidad bancaria BBVA (FI 8).

Posteriormente, el **07 de julio de 2017** el demandante solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales (Fls 11-13), petición que fuere negada por la entidad demandada – Departamento del Tolima mediante **Oficio No. SAC 2017RE8404 del 31 de julio de 2017** (FI 14).

Ahora bien, la Ley 1071 de 2006 en su artículo 4º párrafo, establece que en caso que la entidad observe que la solicitud para el pago de cesantías estuviere incompleta, lo debe informar al peticionario para que éste subsane o allegue los documentos faltantes; lo anterior, dentro de los 10 días hábiles siguientes al recibo de la solicitud.

No obstante, en el expediente no se halló documento alguno que acreditara tal circunstancia, y por su parte, de la lectura de la resolución que reconoció y ordenó el pago de cesantías a favor de la demandante, se colige que aquella presentó todos los documentos requeridos por la administración para el reconocimiento y pago de dicha prestación.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006 y la citada jurisprudencia del H. Consejo de Estado, la administración contaba con 65 días hábiles a partir de la primera solicitud presentada por la demandante, y a partir de la vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁷, aumentó a un total de **70 días hábiles**⁸, para reconocer y pagar dicha

⁷ 2 de julio de 2012.

⁸ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala Plena. Radicado N° 73001-23-33-000-2014-00580-01. CE-SUJ-SII-012-2018. 18 de julio de 2018.

prestación social de forma efectiva, término que comprendía **15 días** destinados al reconocimiento de la prestación, que se cumplieron en las fechas que a continuación se indica, sin que el acto de reconocimiento hubiere sido expedido dentro de los citados **15 días**.

A ello le sumamos diez (10) días de ejecutoria en los términos de los artículos 76 y 87 del C.P.A.C.A. y finalmente **cuarenta y cinco (45) días** para el pago de las cesantías contados a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las mismas, conforme lo establece el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

TÉRMINO	Fecha de la reclamación de las cesantías	Vencimiento del término para el reconocimiento - 15 días (Art. 4 L. 1071/2006)	Vencimiento del término de ejecutoria - 10 días (Arts. 76 y 87 CPACA)	Vencimiento del término para el pago - 45 días (Art. 5 L. 1071/2006)
FECHA	18 de marzo de 2014	09 de abril de 2014	25 de abril de 2014	03 de julio de 2014

CASO CONCRETO – FANNY RIVERA BARRERO	
Fecha de reconocimiento	26 de septiembre de 2014
Fecha de pago	26 de enero de 2015
Periodo de mora	04 de julio de 2014 al 25 de enero de 2015
Total días de mora	205

Ahora bien, resulta pertinente destacar que el cálculo del periodo de mora efectuado por el Despacho señala un total de 205 días de mora, no obstante, de la lectura de la reclamación administrativa y del escrito de demanda, se advierte que la parte actora deprecia el pago de **199 días** de mora.

Pese a lo anterior, y si bien el demandante en principio tendría lugar al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago de las cesantías solicitadas, procederá el Juzgado a estudiar el tema de la prescripción del derecho a reclamar dicha penalidad en los siguientes términos:

El H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección B. Radicado N° 73001-23-33-000-2014-00650-01 en sentencia del 06 de diciembre de 2018, abordó el tema de la prescripción del derecho en tratándose de la sanción moratoria por el pago de las cesantías, señalando que **dicha prestación es una sola y es indivisible**, razón por la cual señaló:

“...41. Así las cosas, se debe distinguir entre dos conceptos: i) la prerrogativa laboral – cesantías, que al ser reconocidas a través de un acto administrativo constituye un título ejecutivo debido a que en él consta una obligación clara, expresa y actualmente exigible conforme al numeral 4 del artículo 297 de la Ley 1437 de 2011 y por tanto, susceptible de reclamarse por vía judicial a fin de obtener el pago del crédito allí

contenido; y ii) la sanción moratoria derivada del incumplimiento del deber del empleador de los plazos contemplados en la Ley 244 de 199572 modificada por la Ley 1071 de 200673, la cual de conformidad con el artículo 151 Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, deberá solicitarse de manera independiente ante la administración a partir de su exigibilidad.

42. Por consiguiente, como quiera que la obligación se causó a partir del 7 de octubre de 2009, el actor debió reclamar la penalidad dentro de los 3 años siguientes al momento en que el empleador se constituyó en mora, término que venció el 8 de octubre de 2012, puesto que no estaba supeditado al reconocimiento y cancelación de las cesantías parciales. (Resalta el Juzgado)

43. Ahora bien, en la citada Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 del 25 agosto de 2016, la Sección Segunda determinó que la sanción moratoria no tiene el carácter de accesoria a la aludida prestación social, interpretándola como expresión del derecho sancionador administrativo, de naturaleza indivisible y única, puesto que una vez es exigible empieza su causación de manera sucesiva hasta el pago de la cesantía. El anterior argumento se precisó en los siguientes términos:

« [...] como quiera que hay eventos en que la mora se extienda por más de un año y se produce por periodos sucesivos, es imperioso hacer una excepción a la regla planteada, no sin antes advertir que en el evento en que el empleador se retrase en la consignación de diferentes periodos de cesantías anualizadas, en forma sucesiva e incluso concurrente, no corre en forma independiente un día de salario por cada día de mora por cada uno de los periodos de cesantías debidos, sino que en el supuesto en que se produzca tal acumulación de periodos anuales de cesantías debidas, **corre una única sanción que va desde el primer día de mora que se causó respecto del primer periodo, hasta aquél en que se produzca el pago de la prestación, o el retiro del servicio, o los 24 meses, atendiendo los parámetros dados en los acápites previos.**»

44. De lo anterior, la Subsección concluye que por la naturaleza penalizadora de la sanción moratoria que procura el reconocimiento y pago dentro de la oportunidad prevista en la ley, su característica de indivisible, y en atención a que no constituye una prestación periódica, deberá reclamarse dentro los 3 años siguientes al momento en que se causa, so pena de que la prescripción la extinga en su totalidad; filosofía que el actor no ejerció, por cuanto tal como se expuso, solo formuló la petición el 11 de marzo de 2014, cuando ya habían transcurrido 4 años 5 meses y 4 días desde su exigibilidad. (Negrilla del Despacho).

45. Por lo expuesto, se concluye que en relación con los problemas jurídicos central y asociado planteados, los docentes oficiales sí son destinatarios de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006; sin embargo; debido a la situación fáctica del actor expuesta en precedencia, no es dable reconocerle la sanción moratoria, toda vez que por disposición legal operó la prescripción, y en tal virtud, se confirmará la sentencia del 20 de noviembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, en cuanto negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en esta providencia...

A su turno, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, invocado en la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 del 25 de agosto del 2016⁹, estableció:

«Artículo 151. Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.»

⁹ Consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero

Descendiendo al presente asunto, el Despacho advierte lo siguiente:

Fecha Solicitud Cesantías	Fecha Exigibilidad del Derecho	Fecha Reclamación que interrumpe prescripción	Fecha Presentación Demanda	Decisión
18 de marzo de 2014	04 de julio de 2014	07 de julio de 2017	28 de noviembre de 2017	Operó Prescripción

De la normatividad y la jurisprudencia referida en precedencia, se colige que la reclamación debió efectuarse dentro de los tres años siguientes a la fecha en que se hizo exigible la sanción moratoria, en este caso desde el **04 de julio de 2014** y debió presentarse la reclamación hasta el día **04 de julio de 2017**.

Así las cosas, del esquema de fechas que antecede se puede concluir que la reclamación fue presentada el **07 de julio de 2017**, esto es 3 días después desde que se hizo exigible el derecho, motivo por el cual en el presente asunto se configura el fenómeno de la prescripción¹⁰.

En consecuencia, se declarará probada de oficio la excepción de "prescripción", y consecuencia de ello corresponderá negar las pretensiones de la demanda.

Condena en costas: De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del CPACA, en consonancia con lo indicado en el artículo 365, numeral 1 del C.G.P., habrá lugar a condenar en costas a la parte vencida en el proceso.

En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandante y se fijarán como agencias en derecho a su cargo y a favor de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, la suma de \$ 420.636 pesos, las cuales deberán ser incluidas en las costas del proceso.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, Distrito Judicial del Tolima, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA DE OFICIO la excepción de *prescripción*, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: Consecuencia de lo anterior, NEGAR las pretensiones de la demanda promovida por la señora FANNY RIVERA BARRERO contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Tolima, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho a favor de la parte demandada la Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG la suma de \$420.636 pesos. Por secretaría liquídese.

CUARTO: ORDENAR la devolución de los remanentes que por gastos procesales consignó la parte demandante, si los hubiere.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, subsección B. Radicado N° 73001-23-33-000-2014-00650-01. 06 de diciembre de 2018.

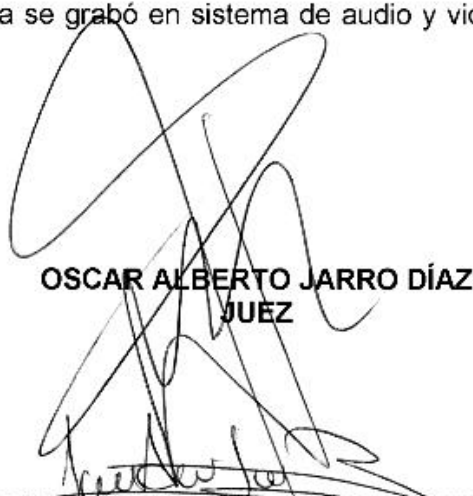
QUINTO: En firme la presente providencia, archívese el expediente.

La presente decisión se **notifica en estrados** de conformidad con el artículo 202 del C.P.A.C.A y contra ella procede el recurso de apelación dentro de los 10 días siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 del C.P.A.C.A.

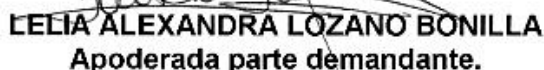
CONSTANCIA: Se deja constancia que se respetaron los derechos y garantías establecidos tanto en la Constitución y en la Ley, asimismo, que no se avizoran causales de nulidad que invaliden en todo o en parte lo actuado que ameriten la adopción de medidas de saneamiento.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se da por terminada la misma siendo las 05:10 PM del día de hoy **26 de noviembre de 2019** y se suscribe el acta por quienes en ella intervinieron, luego de leída y aprobada.

La presente diligencia se grabó en sistema de audio y video, que se incorpora al expediente en CD.



OSCAR ALBERTO JARRO DÍAZ
JUEZ



LELIA ALEXANDRA LOZANO BONILLA
Apoderada parte demandante.



YANETH PATRICIA MAYA GÓMEZ
Apoderada parte demandada – FOMAG – M.E.N.



AMANDA CRISTINA TOVAR TEJADA
Secretaria Ad-Hoc