Rama Judicial
República de Colombia

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante:	Jesús Armando Molina Cleves.
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Otro.
Radicado N°	73001-33-33-005-2019-00154-00

ACTA N° 299

En Ibagué, siendo las diez y treinta y cinco de la mañana (10:35AM) del día dos (02) de diciembre 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° 4** ubicada en las instalaciones donde funcionan los Juzgados Administrativos del Circuito de Ibagué, con el fin de realizar 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 25 de noviembre de 2019[1] 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 3º 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. Identificada con la cédula de ciudadanía Nº 28´540.982 de Ibagué y la T.P. N° 235.672 del C. S. de la J. Dirección: Carrera 2 Nº 11-70 Centro Comercial San Miguel, Locales 11, 12 y 13 de la ciudad de Ibagué. Tel. 2610200. Correo electrónico: notificacionesibague@giraldoabogados.com.co

En este estado de la diligencia se reconoce personería adjetiva a LELIA ALEXANDRA LOZANO BONILLA. Identificada con la cédula de ciudadanía Nº 28´540.982 de Ibagué y la T.P. N° 235.672 del C. S. de la J., como apoderada judicial de la parte demandante, según la sustitución de poder que hace el abogado RUBEN DARIO GIRALDO MONTOYA, en la forma, términos y para los efectos de la sustitución poder allegado a la presente diligencia. (Se anexa poder de sustitución en un folio útil).

Parte demandada FOMAG: PAULA ANDREA GONZALEZ ACEVEDO identificada con la cédula de ciudadanía Nº 1.094.272.025 y la T.P. Nº 289.563 del C.S. de la J. Dirección: Carrera 5 calle 37 local 110 Edifico Fontainebleau la ciudad de Ibagué.

[1] Fl 61

Correo electrónico: notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co, procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co, notjudicial@fiduprevisora.com.co

En este estado de la diligencia se reconoce personería adjetiva al abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS identificado con cédula de ciudadanía Nº 80.211.391 y T.P Nº 250.292 del C.S de la J. Así mismo, se reconoce personería adjetiva a la abogada PAULA ANDREA GONZALEZ ACEVEDO identificada con la cédula de ciudadanía Nº 1.094.272.025 y la T.P. Nº 289.563 del C.S. de la J. como apoderada judicial sustituta del FOMAG, en la forma, términos y para los efectos de la sustitución poder allegado a la presente diligencia. (Se anexa poder de sustitución en ocho folios útiles).

Parte demandada DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: GUSTAVO ADOLFO ORTIZ TRUJILLO CC. No. 14.229.944 de Ibagué y la T.P. No. 96.966 del C. S. de la J Dirección: piso 10 Edificio Gobernación del Tolima – departamento jurídico. Tel: 3102463916 Correo electrónico: notificaciones.judiciales@tolima.gov.co; abogadoortiz@hotmail.com

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.

Se advierte que revisada en su totalidad la actuación procesal, el suscrito encuentra que la misma se ha surtido en debida forma, sin que se evidencie causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, y no se hace necesario la adopción de medidas de saneamiento.

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.

Parte demandante: Sin observación.
Parte demandada FOMAG: Sin observación.
Parte demandada DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: 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.

Parte demandante: Sin observación.
Parte demandada FOMAG: Sin observación.
Parte demandada DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: 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.

Revisado el expediente, se advierte que la entidad demandada **Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG,** guardó silencio, conforme da cuenta de ello, la constancia secretarial obrante a folio 59 frente del expediente.

Por su parte el **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA** al momento de contestar la demanda, no propuso excepción alguna[2].

DESPACHO: El artículo 180 # 6 de la Ley 1437 de 2011 faculta al juez de oficio o a petición de parte, para resolver sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva en esta etapa de la audiencia.

Dado que 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.

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: Guardó silencio.

Departamento del Tolima: Al momento de contestar la demanda indicó que los hechos 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 7° son ciertos. Así mismo, frente al hecho 6° aseveró que es parcialmente cierto[3].

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

1. El demandante JESÚS ARMANDO MOLINA CLEVES se vinculó al servicio docente el día **16 de agosto de 1983** y por prestar sus servicios como docente nacionalizado del régimen retroactivo de cesantías de la Institución Educativa Sede Coordinador del Municipio de Anzoátegui, el **14 de diciembre de 2015** 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.**

2. Mediante Resolución N° 4118 del 9 de agosto de 2016 el Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura reconoció al demandante las cesantías solicitadas (Fls 20-21).

3. El 28 de septiembre de 2016 se realizó el pago de la prestación al demandante por intermedio de entidad bancaria BBVA (Fl. 22).

4. El 5 de marzo de 2018, el demandante por intermedio de apoderado judicial solicitó a la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales (Fls 24-26).

5. La anterior petición a la fecha de presentación de la demanda, no fue atendida por la entidad demandada.

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

---

[2] Fls 51-54
[3] Fl 51

Corresponde al Despacho determinar si *¿el señor JESÚS ARMANDO MOLINA CLEVES en su calidad de docente nacionalizado, perteneciente al régimen retroactivo 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 y en consecuencia, determinar si el acto ficto o presunto negativo producto de la petición con radicado SAC2018PQR5590 del 5 de marzo de 2018 está ajustado o no a derecho?.*

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

La anterior decisión queda notificada en estrados.

Parte demandante: Sin observación.
Parte demandada FOMAG: Sin observación.
Parte demandada DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: 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: manifiesta que no cuenta con decisión del comité de conciliación pese a haberse reunido el mismo para hacer un análisis del caso, razón por la cual solicitó declarar fallida esta etapa de la audiencia.

Parte demandada DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: A la entidad no le asiste ánimo conciliatorio atendiendo lo decidido por el comité de conciliación luego de hacer un análisis del caso. Solicita al Despacho que se le conceda el término de tres días para allegarla puesto que no se encontraba suscrita.

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. Se le concede el término de 5 días hábiles al apoderado del DEPARTAMENTO DEL TOLIMA y a la apoderada del FOMAG para allegar el acta de conciliación de las respectivas entidades.

Parte demandante: Sin observación.
Parte demandada FOMAG: Sin observación.
Parte demandada DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: Sin observación.

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 19 al 27 del expediente.

PARTE DEMANDADA: Ministerio de Educación Nacional – FOMAG: Guardó silencio.

PARTE DEMANDADA – DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: Téngase como pruebas, con el valor probatorio que les asigna la ley, los documentos aportados por la parte demandada y que obran a folios 55 a 58 del expediente.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

Parte demandante: Sin observación.
Parte demandada FOMAG: Sin observación.
Parte demandada DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: Sin observación.

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 FOMAG: Sin observación.
Parte demandada DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: 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 siete (7) 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 23:35 a 25:56).**

Parte demandada – Nación – Ministerio de Educación – FOMAG: Expuso sus alegatos de conclusión los cuales quedan registrados en sistema de audio y video **(Min 26:02 a 27:13).**

Parte demandada DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: Expuso sus alegatos de conclusión los cuales quedan registrados en sistema de audio y video **(Min 27:17 a 27:33).**

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:

¿el señor JESÚS ARMANDO MOLINA CLEVES en su calidad de docente nacionalizado, perteneciente al régimen retroactivo 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 y en consecuencia, determinar si el acto ficto o presunto negativo producto de la petición con radicado SAC2018PQR5590 del 5 de marzo de 2018 está ajustado o no a derecho?.

CONSIDERACIONES

Previo a abordar el asunto, resulta pertinente destacar que en anteriores oportunidades en asuntos similares al que ocupa la atención del Despacho, como en los expedientes con radicación 005-2017-00083-00 y 005-2017-00263-00 cuyas sentencias fueron proferidas en audiencia inicial celebrada el 28 de marzo de 2019, se accedió parciamente a las pretensiones de la demanda en lo relativo al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales en docentes nacionalizados con régimen de retroactividad; lo anterior, como quiera que en la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 con radicado **73001233300020140058001 (496115),** el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala Plena dispuso que el personal docente oficial, al tratarse de un servidor público, le resultaba aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias, pese a ello, no hizo distinción alguna sobre la procedencia del reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías a favor del personal docente tanto nacional como nacionalizado vinculado antes del 31 de diciembre de 1989.

No obstante, el Despacho en lo sucesivo cambiará la postura respecto de las cesantías parciales de los docentes nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 y hará una distinción en su régimen de cesantías atendiendo a los siguientes argumentos:

La Ley 91 del 29 de diciembre de 1989 *"Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"* en su artículo primero enlistó los docentes así: *i)* docentes nacionales, esto es, aquellos docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional, *ii)* docentes nacionalizados, señalando que es aquel personal docente vinculado por nombramiento de la entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975 y *iii)* docentes territoriales, los cuales fueron vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

A su turno, en materia de cesantías del personal docente el artículo 15 ibídem, dispuso:

> *ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*
>
> *1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales,* ***mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.***

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

(...)

3. Cesantías:

*A. **Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989**, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.*

*B. **Para los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990** y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional."*

De lo anterior se puede colegir que existen dos regímenes en materia de cesantías docentes, esto es el de ***retroactividad*** previsto en el literal a) numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el régimen de ***anualidad*** contemplado en el literal b) numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

En lo que respecta al régimen retroactivo propio de los docentes nacionalizados se advierte que es un régimen más favorable respecto del régimen del personal docente anualizado, **toda vez que comprende el reconocimiento de un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio sobre el último salario devengado por el docente**, no obstante, al aludido régimen no pertenecen todos los docentes, como quiera que únicamente pertenecen al mismo, los docentes nacionalizados vinculados hasta el **31 de diciembre de 1989.**

En consecuencia, los docentes nacionales y los vinculados a partir del **1 de enero de 1990** –fecha de entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989-, pertenecen al régimen anualizado de cesantías, en el cual se liquida sus cesantías anualmente conforme el salario del respectivo año, al cual se le aplicará el equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Aclarándose que la ley 91 de 1989 fue encontrada constitucional, mediante la sentencia C-928 de 2006 que fijó el criterio respecto al régimen especial docente en materia de cesantías, como quiera que la existencia de un régimen especial para docentes no resultaba violatorio del principio de igualdad, por lo cual, en materia de cesantías, salud y pensión, los docentes se regularían por normas propias que contienen una forma de liquidación, sin que aquellas sean compatibles con el régimen de la Ley 50 de 1990, eliminando algún tipo de discriminación.

Adicionalmente, la Subsección B de la Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado en sentencia del 21 de febrero de 2019 proferida en el proceso con radicación 68001-23-33-000-2016-00352-01, C.P SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ al abordar un asunto similar al que ocupa la atención del Despacho sobre el régimen aplicable a las cesantías del personal docente oficial es beneficiarios del sistema anualizado sin retroactividad y sujeto a intereses, indicó:

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

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

***2) Docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990**, sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados, se les aplicará las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968[4], 1848 de 1969[5] y 1045 de 1978[6], o que se expidan en el futuro, esto es, la Ley 344 de 1996[7], sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989.*

35. En los artículos 5 y 7 del citado decreto, se estableció que a los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios se les respetaría el régimen prestacional que tuvieran al momento de su vinculación. Dice la norma:

*«Artículo 5°.- Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, [...]. A **estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renuncias o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto**.»*

*36. A través del Acto Legislativo 01 de 2001[8], se creó el **Sistema General de Participaciones** de los entes territoriales y en desarrollo del mismo, se expidió la Ley 715 de 2001 «Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.» en virtud de la cual, se estableció un porcentaje de **recursos de la Nación** para cada uno de los sectores que posteriormente se repartiría entre los municipios, distritos y departamentos[9]."*

---

[4] «Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.»

[5] «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968»

[6] «Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.»

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

[8] «Por medio del cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política.
[...]
ARTÍCULO 2. El artículo 356 de la Constitución Política quedará así:
Artículo 356. Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de los Departamentos, Distritos, y Municipios. Para efecto de atender los servicios a cargo de éstos y a proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación, se crea el Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios. [...]»

[9] «Artículo 4. Distribución Sectorial de los Recursos. Modificado por el art. 2, Ley 1176 de 2007, Modificado transitoriamente por el art. 4, Decreto Nacional 017 de 2011. El monto total del Sistema General de Participaciones, una vez descontados los recursos a que se refiere el parágrafo 2° del artículo 2°, se distribuirá las participaciones mencionadas en el artículo anterior así: la participación para el sector educativo corresponderá al 58.5%, la participación para el sector salud corresponderá al 24.5 la participación de propósito general corresponderá al 17.0. »

DEL RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES NACIONALIZADOS VINCULADOS ANTES DEL 31 DE DICIEMBRE DE 1989:

Como ya se vislumbró la normativa que regula las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 se encuentra establecida por el artículo 15 numeral 3 literal a) de la ley 91 de 1989, artículo 56 de la ley 962 de 2005 y el Decreto 2381 de 2005.

Es así como el artículo 15 numeral 3 literal a) de la ley 91 de 1989 estableció un régimen especial (cesantías docentes retroactivas) y mucho más favorable que el de los demás docentes.

Por su lado el artículo 56 de la ley 962 de 2005 transfiere a los Secretarios de Educación de la entidad territorial certificada a la cual se encuentre vinculado el docente, la función de elaborar el proyecto de resolución para el reconocimiento de las prestaciones que corresponde pagar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por su parte, el Decreto 2381 de 2005, reglamentó el inciso segundo del artículo 3 y el numeral 6 del artículo 7 de la ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la ley 962 de 2005, estableciendo el procedimiento para trámites internos sin que se cree un nuevo régimen.

De las anteriores normas que establecen el régimen de cesantías de los docentes nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989, se puede concluir que ninguna contempla la sanción moratoria por no pago oportuno y no es posible bajo el principio de favorabilidad, acudir al régimen general (ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006), pues recordemos que en el régimen retroactivo se cancelan las cesantías con el último salario y si aplicamos la sanción moratoria del régimen general, se estaría creando un beneficio de manera desproporcionada al régimen de cesantías retroactivas frente al régimen de cesantías anualizadas.

Pese a lo anterior, cabe aclarar que si bien no hay lugar al pago de la sanción moratoria frente al pago tardío de las cesantías parciales de los docentes nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989, ello no obsta que se reconozca a su favor la indexación, para que el dinero que se paga de manera tardía, no pierda su capacidad adquisitiva, tal como lo permitió la sentencia C – 448 de 1996, donde se indicó que en aquellos eventos donde la entidad no este obligada a cancelar la sanción moratoria, para el trabajador surge el derecho de obtener la indexación de los dineros.

Ahora bien, en un asunto similar al objeto de pronunciamiento, el Tribunal Administrativo del Tolima en sentencia de primera instancia del **4 de abril de 2019** proferida dentro del proceso con radicación 73001-23-33-006-2018-00163-00 M.P Dr. José Aleth Ruiz Castro, consideró:

> *"(...) Teniendo en cuenta el marco conceptual y jurisprudencial expuesto en precedencia, y atendiendo a lo probado en el proceso, encuentra este Tribunal que a la demandante no le asiste razón en su reclamación, en el entendido de que la señora MARIA AMANDA BERMUDEZ PEREZ es beneficiaria del régimen de cesantías retroactivo, y que para dicho régimen no es dable aplicarle sanción moratoria alguna en consideración a lo beneficioso de la liquidación de las cesantías al momento de su reconocimiento parcial, como sucede en el presente caso (...)"*

Posteriormente, en sentencia de segunda instancia del **24 de abril de 2019** proferida dentro del proceso con radicación 73001-33-33-003-2017-00133-01, con ponencia del Dr. José Andrés Rojas Villa, la Corporación revocó la sentencia de

primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de esta ciudad, que habia accedido a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

> *"Ahora bien, de acuerdo al marco jurídico expuesto en este proveído, se ha manifestado que, para expedir el acto administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías para los docentes, el legislador contempló una normativa especial en el trámite diferente a los demás servidores públicos, el cual está contenido en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, en el sentido que las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre, el cual en todo caso debía ser elaborado por la Secretaría de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente.*
>
> *Sin embargo, estudiado el expediente se constata que la demandante pertenece al régimen de retroactividad de las cesantías, como quiera que su vinculación laboral se produjo el 15 de marzo de 1974 (fls. 3,85), es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 89 de 1990, entonces, de acuerdo con la jurisprudencia transcrita, y por tratarse de una docente que pertenece al régimen de retroactividad de cesantías, por haberse vinculado con anterioridad al 1 de enero de 1990, es decir, el 15 de marzo de 1974 (fl. 3, 85), régimen en el cual no es viable el reconocimiento de la sanción por mora, en razón a que esa previsión fue consagrada para el régimen de liquidación anual y para **el régimen de retroactividad por retiro definitivo del servicio**, de conformidad con la Ley 244 de 1995, se impone revocar la sentencia apelada y negar las pretensiones de la demanda". (Negritas y subrayado fuera del texto).*

En ese orden de ideas, corresponderá efectuar un análisis concreto de la procedencia del reconocimiento y pago de la sanción moratoria al señor **JESÚS ARMANDO MOLINA CLEVES**, en su calidad de docente nacionalizado perteneciente al régimen de retroactividad de cesantías y quien solicitó el reconocimiento y pago de **cesantías parciales para reparación de vivienda.**

CASO CONCRETO:

Está acreditado en el proceso que el señor Jesús Armando Molina Cleves ingresó al servicio docente el **16 de agosto de 1983**, como se advierte de la Resolución N° 4118 del 9 de agosto de 2016 (Fls 20-21).

Así mismo, se demostró que el **14 de diciembre de 2015** el señor Molina Cleves solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el **reconocimiento y pago de cesantías parciales para reparación de vivienda**; las cuales fueron reconocidas por el Departamento del Tolima mediante Resolución N° 4118 del 9 de agosto de 2016 (Fls 20-21).

De igual manera, se evidencia que la aludida prestación fue pagada el día **28 de septiembre de 2016** por intermedio de entidad bancaria (Fl 22).

Posteriormente, el **5 de marzo de 2018 a través de radicado SAC2018PQR5590**, el demandante solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales (Fls 24-26); no obstante, se advierte que a la fecha de presentación de la demanda, la petición no fue atendida por la entidad demandada, en tanto no obra documento alguno que así lo acredite.

Así las cosas, en virtud del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías a favor del demandante, se puede advertir que el tipo de vinculación del demandante fue como **docente NACIONALIZADO DEL RÉGIMEN RETROACTIVO DE CESANTÍAS**, toda vez que **su vinculación se produjo el 16 de agosto de 1983,**

esto es antes del 31 de diciembre de 1989, frente a los cuales el artículo 15 numeral 3°, literal a) de la Ley 91 de 1989, señaló:

> ***A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989,*** *el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.*

Por lo anterior, se colige que el demandante mantiene el régimen prestacional que ha venido gozando en la entidad territorial de conformidad con las normas vigentes a la época de la promulgación de la aludida Ley 91 de 1989.

De conformidad con el material probatorio obrante en el plenario se señala que el demandante hace parte del régimen retroactivo de cesantías, como quiera que su vinculación al servicio docente se llevó a cabo el **16 de agosto de 1983**, esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, razón por la cual en atención a la normatividad y jurisprudencia referidos en precedencia, al tratarse de un docente que pertenece a dicho régimen por haberse vinculado **con anterioridad al 1 de enero de 1990**, no es dable acceder al reconocimiento de la sanción por mora, en razón a que la aludida prerrogativa fue consagrada para el régimen de cesantías anualizadas y **para el régimen de retroactividad por retiro definitivo del servicio,** de conformidad con la Ley 244 de 1995, y en el caso en concreto el señor Molina Cleves no solicitó el retiro de sus cesantías definitivas sino cesantías parciales para **reparación de vivienda**, razón por la cual corresponderá negar las pretensiones de la demanda.

CONDENA EN COSTAS: De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del C.PA.C.A, 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.

Pese a lo anterior, y como quiera que en el presente asunto se presentó la demanda el día **26 de marzo de 2019** y para esa fecha se tenía por la parte demandante una expectativa legitima para que se accediera a las pretensiones de la demanda en virtud de la sentencia de unificación proferida por el Honorable Consejo de Estado el 18 de julio de 2018 con radicado **73001233300020140058001 (496115)**, conforme a ello no habrá lugar a la condena en costas, sumado al hecho que dentro del expediente no hay prueba de que se hayan causado, tal y como lo dispone el artículo 365 numeral 8 del C.G.P.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley**,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda en el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho promovido por JESÚS ARMANDO MOLINA CLAVES contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas, conforme se expuso en precedencia.

TERCERO: ORDENAR la devolución de los remanentes que por gastos ordinarios del proceso consignó la parte demandante, si los hubiere.

CUARTO: En firme la presente decisión, 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 11:24 AM del día de hoy **2 de diciembre 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.

GUSTAVO ADOLFO ORTIZ TRUJILLO
Apoderado parte demandada – DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

Paula Gonzalez A

PAULA ANDREA GONZÁLEZ ACEVEDO
Apoderada parte demandada – FOMAG – M.E.N.

MÓNICA JARAMILLO PARRA
Secretaria Ad-Hoc