



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del Derecho.
Demandante:	Teresa Rodríguez Bernal.
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y otro.
Radicado N°	73001-33-33-005-2017-00105-00

ACTA N° 90

En Ibagué, siendo las tres y treinta y siete de la tarde (3:37 PM) del día catorce (14) de mayo 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° 8** 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 18 de febrero 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 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.

Se identifica la apoderada de la parte demandante: AURA NATHALY CARDENAS RODRIGUEZ. CC. N° 38.211.768 de Ibagué y la T.P. N° 207.327 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

En este estado de la diligencia se reconoce personería adjetiva a AURA NATHALY CARDENAS RODRIGUEZ. CC. N° 38.211.768 de Ibagué y la T.P. N° 207.327 del C. S. de la J., como apoderada judicial de la parte demandante, según la sustitución de poder que hace el abogado YOBANY ALBERTO LÓPEZ QUINTERO, 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).

Se identifica la apoderada de la parte demandada DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: LUISA FERNANDA VALBUENA LANCHEROS identificada con CC. N° 1.110.462.148 de Ibagué y la T.P. N° 243.624 del C. S. de la J. Dirección: Edificio

¹ FI 156

PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial."

Sobre el particular, el Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos: "(...). "No hay duda de que es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989. Bajo estos supuestos, no le asiste la razón a la parte demandada cuando en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente peticionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales.(...)."⁴

De lo anterior se puede concluir que los entes territoriales actúan como facilitadores para que los Docentes oficiales tramiten el reconocimiento y pago de los derechos prestacionales, los cuales están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues si bien, estos elaboran los proyectos de actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones de los mencionados docentes y posteriormente con la aprobación de la Fiduciaria encargada de la administración de los recursos, los suscriben, es en representación de dicho fondo por mandato de la ley y en esa medida, no obligan al ente territorial, ni se comprometen sus recursos para el pago de tales prestaciones.

En consecuencia, es claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene una relación sustancial para comparecer a este proceso en calidad de demandado, máxime que la argumentación se encuentra destinada a debatir el derecho reclamado por la accionante, de modo que más que una excepción previa es de fondo, y sobre la procedencia o no del derecho se resolverá en la sentencia.

En virtud de lo anterior, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la entidad demandada FOMAG, **NO PROSPERA.**

Consecuencia de lo anterior, y tal como lo señala el artículo 365 del C.G.P. aplicable por expresa remisión del artículo 306 del C.P.A.C.A.⁵, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable las excepciones previas.

Para tal fin se fija como agencias en derecho⁶, a favor de la parte demandante y a

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda – Subsección "B". CP. Gerardo Arenas Monsalve. Rad. No. 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12). - 14 de febrero de 2013.

⁵ Ver sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta Nro. Interno (21873) del 05 de abril de 2018, C.P.: Jorge Octavio Ramírez

⁶ Acuerdo 1887 de 2003 –Capítulo III-Numeral 3.1.2

cargo de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, la suma de dos (02) salarios mínimos legales diarios vigentes, las cuales deberán ser incluidas en las costas del proceso.

DECISIÓN:

Por lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a favor de la parte demandante y a cargo de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Fijar como agencias en derecho la suma de dos (02) salarios diarios mínimos legales vigentes.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

Parte demandante: Sin observación.

Parte demandada DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: Sin observación.

Ministerio Público: Sin observación.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

Como las demás excepciones propuestas por los demandados están formuladas de mérito, dependen de la prosperidad de las pretensiones de la demanda y están atadas al fondo del asunto, el Despacho diferirá su estudio al momento de proferir sentencia.

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.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

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: Cuando contestó la demanda, manifestó que los hechos N° 1 y 2° no son hechos sino supuestos de ley. Adicionalmente, precisó que los hechos 3°, 4°, 5° y 6° no son ciertos y finalmente, indicó que el hecho 7° es cierto⁷.

Departamento del Tolima: Al momento de contestar la demanda indicó que los hechos 1° y 2° no son hechos controvertibles como quiera que obedecen a una interpretación subjetiva de la parte demandante. Aseveró que los hechos 3°, 5°, y

⁷ FI 74

6° deben ser probados. Frente al hecho 4° indicó que es cierto parcialmente y finalmente, adujo que el hecho 7° es cierto⁸.

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

1. La demandante se vinculó al servicio docente el día 12 de febrero de 1971 y por prestar sus servicios como docente Nacionalizada del régimen retroactivo de cesantías, el 2 de octubre de 2013 solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas. (Fls 5-6 y 143 vuelto-144)
2. El 19 de diciembre de 2013 mediante resolución N° 6288, el Departamento del Tolima reconoció al demandante las cesantías solicitadas (Fls 5-6).
3. El 26 de febrero de 2014, se realizó el pago de la prestación a la demandante por intermedio de entidad bancaria BBVA (FI 7).
4. El 19 de octubre de 2016 la demandante 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 (Fls 10-12).
5. Mediante Oficio N° SAC2016RE12950 del 25 de octubre de 2016, la entidad demandada resolvió negativamente la anterior petición (FI 13).

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

Corresponde determinar si "El acto administrativo demandado Oficio N° SAC2016RE12950 del 25 de octubre de 2016 que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a favor de la parte demandante - está ajustado o no a derecho, para lo cual debe analizarse si la señora TERESA RODRIGUEZ BERNAL 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 definitivas?"

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 DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: Sin observación.

Ministerio Público: 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 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. Aporta la decisión del comité en un folio.

Despacho: De la anterior propuesta de conciliación se corre traslado a la parte demandante y al Ministerio Público para que se manifiesten sobre lo pertinente.

⁸ FI 113

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 5 al 14 del expediente.

PARTE DEMANDADA: Ministerio de Educación Nacional – FOMAG: Tener como tal y en cuanto a su valor probatorio corresponda, los documentos allegados por la parte demandada con la contestación de la demanda. (Fls. 72).

Adicionalmente, corresponderá **NEGAR** por innecesaria la solicitud del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, de oficiar a la Secretaría de Educación Municipal, para que remita los antecedentes administrativos de la demandante toda vez que, con la prueba que obra en el expediente, es suficiente para decidir de fondo el asunto.

PARTE DEMANDADA – DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: Tener como tal y en cuanto a su valor probatorio corresponda, los documentos allegados por la parte demandada con la contestación de la demanda. (Fls. 103-111 y 138-154).

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: Conforme.

Parte demandada DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: Conforme.

Ministerio Público: Conforme.

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 diez (10) 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 29:09 a 30:07**).

Ministerio Público: Emitió concepto el cual queda registrado en sistema de audio y video (**Min 30.30 a 30:58**).

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 *ibidem*.

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

“El acto administrativo demandado Oficio N° SAC2016RE12950 del 25 de octubre de 2016 que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a favor de la parte demandante- está ajustado o no a derecho, para lo cual debe analizarse si la señora TERESA RODRIGUEZ BERNAL 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 definitivas?”.

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”⁹.

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”¹⁰.

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

⁹ 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.

¹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C – 823 de 2006.

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.

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 Apropiedades 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 Constitucional¹¹ 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

¹¹ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU 336 de 2017. MP. Iván Humberto Escrueria Mayolo. 18 de mayo de 2017.

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.

(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 Unificación¹² 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 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 definitivas, 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.

¹² 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.

CASO CONCRETO:

Está acreditado en el proceso que la señora Teresa Rodríguez Bernal se vinculó al servicio docente el día 12 de febrero de 1971 y que su situación laboral obedece a la de una docente Nacionalizada del régimen retroactivo de cesantías (Fls 5-6, 8-9).

Así mismo, se demostró que el **2 de octubre de 2013** solicitó a su favor el reconocimiento y pago de una cesantía definitiva, como se advierte de la Resolución N° 6288 del **19 de diciembre de 2013**, que reconoció la prestación deprecada por la demandante (Fl 5-6) y del formato de solicitud de cesantías definitivas (Fl 143 vuelto-144)

En virtud de lo anterior, el **26 de febrero de 2014**, el Fondo de Prestaciones del Magisterio – Fiduprevisora S.A, realizó el pago de las cesantías parciales por intermedio de entidad bancaria (Fl 7).

Posteriormente, el **19 de octubre de 2016** la demandante solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías definitivas (Fls 10-12), petición que fuere negada por la entidad demandada mediante **Oficio N° SAC2016RE12950 del 25 de octubre de 2016** (Fl 13).

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 Administrativo¹³, aumentó a un total de **70 días hábiles**¹⁴, para reconocer y pagar dicha 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.

¹³ 2 de julio de 2012.

¹⁴ 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.

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	2 de octubre de 2013	24 de octubre de 2013	8 de noviembre de 2013	16 de enero de 2014

CASO CONCRETO – TERESA RODRIGUEZ BERNAL	
Fecha de reconocimiento	19 de diciembre de 2013
Fecha de pago	26 de febrero de 2014
Periodo de mora	17 de enero de 2014 al 25 de febrero de 2014
Total días de mora	40 días

Ahora bien, resulta pertinente destacar que el cálculo del periodo de mora efectuado por el Despacho señala un total de 40 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 **39** días de mora, periodo sobre el cual el Juzgado emitirá el respectivo pronunciamiento.

Del anterior cuadro informativo de fechas, se colige que la administración incumplió con los términos establecidos en las disposiciones citadas para efectos del pago de las cesantías parciales de la demandante, situación que da lugar al pago de la sanción de indemnización moratoria por su pago inoportuno.

Ha de tenerse en cuenta que los postulados constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho, consagran el pago oportuno de salarios, pensiones y demás prestaciones sociales, como una responsabilidad y deber inexcusable en cabeza de la administración para con sus empleados y funcionarios; razón por la cual el legislador, a manera de sanción, atribuyó una consecuencia económica al retraso en el desembolso del auxilio en comento, consistente en un día de salario por cada día de retardo, hasta cuando se verifique efectivamente el pago de la cesantía.

Conforme a lo anterior, el Despacho encuentra prueba de la ilegalidad del acto administrativo demandado en razón a que infringió normas en las cuales deberían fundarse, dado que efectivamente la entidad demandada incurrió en mora de manera injustificada respecto al pago de la prestación económica reclamada por los demandantes.

De otra parte, por tratarse la indemnización moratoria de una sanción, no está llamada a ser ajustada de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor por tanto no prospera la pretensión de indexación que trata el artículo 187 del C.P.A.C.A., como quiera que no resulta posible constituir otra erogación o sanción adicional a cargo de la entidad obligada.¹⁵

En consecuencia, se accederá a las pretensiones de la demanda, declarándose la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio N° SAC2016RE12950 del 25**

¹⁵ 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.

de octubre de 2016, que resolvió negativamente la solicitud de reconocimiento de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas de la parte demandante.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad demandada, a reconocer y pagar a la señora TERESA RODRIGUEZ BERNAL, el valor correspondiente a un (1) día de salario vigente al momento de la mora por cada día de retardo, desde el 17 de enero de 2014 al 25 de febrero de 2014, esto es, el día anterior al cual se verificó el pago efectivo de las cesantías definitivas de la demandante, destacando que los días de sanción moratoria corresponden a **39 días**, en atención a lo deprecado por la parte demandante.

Prescripción: El Ministerio de Educación Nacional – FOMAG alego la excepción de prescripción; la cual ha de ser resuelta en los siguientes términos:

Fecha Solicitud Cesantías	Fecha Exigibilidad del Derecho	Fecha Reclamación que interrumpe prescripción	Fecha Presentación Demanda	Decisión
2 de octubre de 2013	17 de enero de 2014	19 de octubre de 2016	24 de marzo de 2017	No operó Prescripción

EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA ENTIDAD DEMANDADA:

Conforme lo expuesto en precedencia, debe concluirse que no hay lugar a declarar la prosperidad de los medios exceptivos denominados por la apoderada de la parte demandada FOMAG como *"buena fe, régimen prestacional independiente e inaplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 al gremio docente, prescripción, inexistencia de la vulneración de principios legales, inexistencia del demandado-falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada; falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir acto administrativo y reconocer derecho reclamado e innominada/genérica", e "improcedencia de pago de la sanción moratoria al personal docente, improcedencia del pago de la sanción moratoria con recursos del Departamento del Tolima, cobro de lo no debido frente al Departamento del Tolima, imposibilidad de acceder a la indexación de las sumas de dinero que eventualmente se le reconocieran al actor por la presunta sanción moratoria y reconocimiento oficioso de excepciones"* propuestas por el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, como quiera que en el presente asunto se demostró la ilegalidad del acto administrativo demandado, el cual, negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías a favor de la demandante.

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 demandada NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y se fijarán como agencias en derecho a su cargo y a favor de la parte demandante, la suma de \$142.701 pesos, equivalente al 4% de lo pedido¹⁶, las cuales deberán ser incluidas en las costas del proceso.

De otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 2831 de 2005, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 se exhortará al Departamento del Tolima, para que realice las gestiones administrativas a su cargo, esto es, la elaboración del

¹⁶ Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo N° PSA16-10554 de 5 de agosto de 2016. Art. 5°1.

proyecto de resolución dentro del término que establece la ley con el fin que se logre dar efectivo cumplimiento de la condena aquí impuesta.

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: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por el FOMAG denominadas *"buena fe, régimen prestacional independiente e inaplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 al gremio docente, prescripción, inexistencia de la vulneración de principios legales, inexistencia del demandado-falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada; falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir acto administrativo y reconocer derecho reclamado e innominada/genérica", e "improcedencia de pago de la sanción moratoria al personal docente, improcedencia del pago de la sanción moratoria con recursos del Departamento del Tolima, cobro de lo no debido frente al Departamento del Tolima, imposibilidad de acceder a la indexación de las sumas de dinero que eventualmente se le reconocieran al actor por la presunta sanción moratoria y reconocimiento oficioso de excepciones"* propuestas por el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de ésta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio N° SAC2016RE12950 del 25 de octubre de 2016**, que resolvió negativamente la solicitud de reconocimiento de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas de la parte demandante, de conformidad con lo considerado en la presente providencia.

TERCERO: ORDENAR a título de restablecimiento del derecho que la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconozca y pague a la señora TERESA RODRIGUEZ BERNAL, el valor correspondiente a un (1) día de salario vigente al momento de la mora por cada día de retardo, desde el 17 de enero de 2014 al 25 de febrero de 2014, esto es, el día anterior al cual se verificó el pago efectivo de las cesantías definitivas de la demandante, destacando que los días de sanción moratoria corresponden a **39 días**, en atención a lo deprecado por la parte demandante.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de *prescripción*, propuesta por la entidad demandada Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas en ésta instancia a la parte demandada NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Fijar como agencias en derecho, a su cargo y favor de la demandante, la suma de \$142.701 pesos, las cuales deberán ser incluidas en las costas del proceso

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: El cumplimiento de la sentencia se atenderá conforme a los términos previstos conforme a lo dispuesto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

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

NOVENO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del CGP, a la parte que lo solicitara.

DÉCIMO: EXHORTAR al Departamento del Tolima, para que realice las gestiones administrativas a su cargo, esto es, la elaboración del proyecto de resolución dentro del término que establece la Ley con el fin que se logre dar efectivo cumplimiento de la condena aquí impuesta.

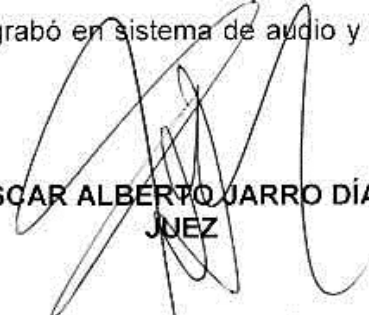
DÉCIMO PRIMERO: En firme la presente providencia, archívese el expediente.

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 04:33 PM del día de hoy 14 de mayo 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



AURA NATHALY CARDEÑAS RODRIGUEZ
Apoderada parte demandante.



LUISA FERNANDA VALBUENA LANCHEROS
Apoderada parte demandada – DEPARTAMENTO DEL TOLIMA



JORGE HUMBERTO TASCÓN ROMERO
Delegado Ministerio Público



MÓNICA JARAMILLO PARRA
Secretaria Ad-Hoc