Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante:	Deicy Teresa Ardila Huérfano.
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y otro.
Radicado N°	73001-33-33-005-2018-00075-00

ACTA N° 124

En Ibagué, siendo las cuatro de la tarde (4:00PM) del día diez (10) de junio 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° 08** 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 8 de abril 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.

Se identifica la apoderada de la parte demandante: AURA NATHALY CARDENAS RODRIGUEZ. CC. Nº 38.211.768 de Ibagué y la T.P. N° 207.327 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 AURA NATHALY CARDENAS RODRIGUEZ. CC. Nº 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 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).

Se identifica la apoderada de la parte demandada FOMAG: YANETH PATRICIA MAYA GÒMEZ identificada con la C.C. Nº 40.927.890 de Riohacha y la T.P. Nº 93.902 del C.S. de la J. Dirección: Carrera 5 calle 37 local 110 Edifico Fontainebleau la ciudad de Ibagué. Tel. 3005875100 Correo electrónico: t_ymaya@fiduprevisora.gov.co.

[1] Fl 68

En este estado de la diligencia se reconoce personería adjetiva al abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS 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 YANETH PATRICIA MAYA GÒMEZ identificada con la C.C. Nº 40.927.890 de Riohacha y la T.P. Nº 93.902 del C.S. de la J, como apoderada judicial sustituta de la LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS, en la forma, términos y para los efectos de la sustitución poder allegado a la presente diligencia. (Se anexa poder de sustitución en seis folios útiles).

Se identifica la apoderada de la 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: Pasaje Real Oficina 501. Tel: 3102463916 Correo electrónico: 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 NACIÓN – MIN – EDUCACIÓN - 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 NACIÓN – MIN – EDUCACIÓN - 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:** Al momento de contestar la demanda propuso como excepciones las que denominó "*buena fe, régimen prestacional independiente e inaplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 al gremio docente, prescripción, inexistencia de la vulneración de principios legales e innominada/genérica.*"[2]

[2] Fl 63 vlto.

Por su parte, el **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA** al momento de contestar la demanda, no formuló excepciones[3].

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.

No obstante, 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, aunado a que las excepciones propuestas por la entidad demandada FOMAG 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, razón por la cual se continuará con la etapa siguiente de esta audiencia.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

Parte demandante: Sin observación.
Parte demandada NACIÓN – MIN – EDUCACIÓN - FOMAG: Sin observación.
Parte demandada DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: 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: La entidad demandada expresó que los hechos N° 1° y 2° no son hechos sino supuestos de ley, que los hechos 3°, 4° y 5° son ciertos y que los hechos 6° y 7° no son ciertos como quiera que la mora no es imputable a la entidad que representa, toda vez que el FOMAG no participa en la expedición de actos administrativos de reconocimiento y pago de prestaciones sociales al personal docente[4].

Departamento del Tolima: Al momento de contestar la demanda indicó que los hechos 1°, 2°, 3°, 4°, 5° son ciertos y que los hechos 6° y 7° no son ciertos, como quiera que obedecen a una interpretación subjetiva del demandante.[5]

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

1. La demandante se vinculó al servicio docente el día 20 de diciembre de 1997 y por prestar sus servicios como docente del régimen anualizado de cesantías, el 23 de noviembre de 2016 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 (Fls 5-6 y 8)

2. El 7 de abril de 2017 mediante Resolución N° 2170, el Departamento del Tolima reconoció a la demandante las cesantías solicitadas (Fls 5-6).

3. El 25 de mayo de 2017 se realizó el pago de la prestación a la demandante por intermedio de entidad bancaria BBVA (Fl 7).

---

[3] Fls 54-55
[4] Fl 61 vlto.
[5] Fl 54

4. El 13 de septiembre de 2017, 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 9-11).

5. Mediante Oficio N° SAC2017RE11173 del 4 de octubre de 2017, notificado el 19 de octubre de 2017, la entidad demandada resolvió negativamente la anterior petición (Fl 12).

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° SAC2017RE11173 del 4 de octubre de 2017 *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 DEICY TERESA ARDILA HUERFANO 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?"*.

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: Realiza intervención que queda registrada en sistema de audio y video.
Parte demandada NACIÓN – MIN – EDUCACIÓN - 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: A la entidad no le asiste ánimo conciliatorio atendiendo lo decidido por el comité de conciliación luego de hacer un análisis del caso. No obstante, precisó que no cuenta con la decisión del comité de conciliación de la entidad como quiera que no fue allegado por parte del mismo.

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 dos 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 5 al

13 del expediente.

PARTE DEMANDADA: Ministerio de Educación Nacional – FOMAG: Al momento de contestar la demanda, no aportó pruebas.

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 Departamental 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: Al momento de contestar la demanda, no aportó ni solicitó pruebas.

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 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 24:06 al 24:40).**
Parte demandada – Nación – Ministerio de Educación – FOMAG: Expuso sus alegatos de conclusión los cuales quedan registrados en sistema de audio y video **(Min 24:44 al 25:20).**
Parte demandada Departamento del Tolima: Expuso sus alegatos de conclusión los cuales quedan registrados en sistema de audio y video **(Min 25:23 al 25:54).**

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 2° y 156 numeral 3° *ibídem*.

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

"El acto administrativo demandado Oficio N° SAC2017RE11173 del 4 de octubre de 2017 *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 DEICY TERESA ARDILA HUERFANO 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?".*

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"[6].

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"[7]

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.

---

[6] Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II Subsección A, del 11 de noviembre de 2009, ExpedienteNo25000232500020030452301 (0808-07), Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

[7] Sentencia de la Corte Constitucional C – 823 de 2006.

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 inexequible el artículo 89 de Ley 1769 de 2015 "*por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y Ley de Apropiaciones 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 Constitucional[8] 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.

[8] Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU 336 de 2017. MP. Iván Humberto Escruceria Mayolo. 18 de mayo de 2017

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 Unificación[9] sobre el mismo tópico fijó las siguientes reglas:

[9] 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.

"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 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 Deicy Teresa Ardila Huérfano se vinculó al servicio docente el día **20 de diciembre de 1997** y pertenece al régimen anualizado de cesantías (Fls 5-6 y 8).

Así mismo, se demostró que el **23 de noviembre de 2016** solicitó a su favor el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales para reparación de vivienda como se advierte de la Resolución N° 2170 del **7 de abril de 2017,** que reconoció la prestación deprecada por la demandante (Fl 5-6).

En virtud de lo anterior, el **25 de mayo de 2017**, el Fondo de Prestaciones del Magisterio – Fiduprevisora S.A, realizó el pago de las cesantías parciales a la docente por intermedio de entidad bancaria (Fl 7).

Posteriormente, el **13 de septiembre de 2017** la demandante solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales (Fls 9-11), petición que fuere negada por la entidad demandada mediante **Oficio N° SAC2017RE11173 del 4 de octubre de 2017**, notificado el 19 de octubre de 2017 (Fl 12).

Ahora bien, la Ley 1071 de 2006 en su artículo 4° parágrafo, 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 del demandante, se colige que aquel 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 Administrativo[10], aumentó a un total de **70 días hábiles**[11], 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.

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	23 de noviembre de 2016	15 de diciembre de 2016	29 de diciembre de 2016	3 de marzo de 2017

[10] 2 de julio de 2012.
[11] 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.

CASO CONCRETO – DEICY TERESA ARDILA HUERFANO	
Fecha de reconocimiento	7 de abril de 2017
Fecha de pago	25 de mayo de 2017
Periodo de mora	4 de marzo de 2017 al 24 de mayo de 2017
Total días de mora	82 días

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.[12]

En consecuencia, se accederá a las pretensiones de la demanda, declarándose la nulidad del acto administrativo contenido en **Oficio N° SAC2017RE11173 del 4 de octubre de 2017,** que resolvió negativamente la solicitud de reconocimiento de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales de la parte demandante.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad demandada, a reconocer y pagar a la señora DEICY TERESA ARDILA HUERFANO, el valor correspondiente a un (1) día de salario vigente al momento de la mora por cada día de retardo, desde el 4 de marzo de 2017 al 24 de mayo de 2017, esto es, el día anterior al cual se verificó el pago efectivo de las cesantías parciales de la demandante, destacando que los días de sanción moratoria corresponde a **82 días.**

Prescripción: En lo que respecta a la excepción de prescripción alegada por la entidad demandada - FOMAG, el Despacho la resolverá en los siguientes términos:

[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.

Fecha Solicitud Cesantías	Fecha Exigibilidad del Derecho	Fecha Reclamación que interrumpe prescripción	Fecha Presentación Demanda	Decisión
23 de noviembre de 2016	4 de marzo de 2017	13 de septiembre de 2017	15 de marzo de 2018	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 e innominada/genérica.*", 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 $ 371.468,63 pesos, equivalente al 4% de lo pedido[13], 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 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 e innominada/genérica*", de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de ésta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio N° SAC2017RE11173 del 4 de octubre de 2017,** que resolvió negativamente la solicitud de reconocimiento de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales de la parte demandante, de conformidad con lo considerado en la presente providencia.

[13] Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo N° PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016. Art. 5 #1.

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 DEICY TERESA ARDILA HUERFANO, el valor correspondiente a un (1) día de salario vigente al momento de la mora por cada día de retardo, desde el 4 de marzo de 2017 al 24 de mayo de 2017, esto es, el día anterior al cual se verificó el pago efectivo de las cesantías parciales de la demandante, destacando que los días de sanción moratoria corresponde a **82 días**; sanción que deberá pagarse en los términos del parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, conforme se expresó en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: 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 $ 371.468,63 pesos, equivalente al 4% de lo pedido, las cuales deberán ser incluidas en las costas del proceso

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: 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.

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

OCTAVO: 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.

NOVENO: 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: 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 4:49 pm del día de hoy 10 de junio 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 CARDENAS RODRIGUEZ
Apoderada parte demandante.

GUSTAVO ADOLFO ORTIZ ORTIZ
Apoderado parte demandada – DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

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

MÓNICA JARAMILLO PARRA
Secretaria Ad-Hoc