



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO QUINTO (5°) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, veintiocho (28) de junio de dos mil veintiuno (2.021)

Radicado: **73001-33-33-005-2020-00083-00**
Medio de Control: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante: **Blanca Yolanda Ruiz Muñoz**
Demandado: **Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro**

Advertido que el numeral 1°. del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020 facultó al Juez Contencioso Administrativo a proferir sentencia anticipada en asuntos de puro derecho o cuando no fuere necesario practicar pruebas, y como quiera que en el presente asunto se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión mediante proveído del 4 de junio de 2.021, sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho¹ profiere la decisión de mérito y que en derecho corresponda dentro del presente medio de control.

Antecedentes:

La demanda:

La señora **Blanca Yolanda Ruiz Muñoz** actuando por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho establecido en el artículo 138 del C. de P.A. y de lo C.A., promovió demanda contra la **Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** y el **Departamento del Tolima**, tendiente a obtener mediante sentencia judicial, un pronunciamiento favorable sobre las siguientes:

Declaraciones y condenas (fls. 6 a 8 Cuaderno Principal Físico):

“Declaraciones

Primero: se declare la nulidad del acto administrativo oficio radicado SAC 2019EE5933 del 23 de julio de 2.019, emitido por el profesional de prestaciones sociales regional Tolima Ismael Enrique Barrera C y notificado al suscrito abogado el 24 de julio de 2019, el cual informa “la secretaría de educación no deberá elaborar proyecto de acto administrativo, para continuar con la gestión administrativa.

(...)

¹ Atendiendo las pautas establecidas desde el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud del “Estado de Emergencia económico, social y ecológico” decretado en el territorio nacional, y con fundamento en los estragos de la pavorosa plaga clasificada como SARS-CoV-2 por las autoridades sanitarias mundiales de la OMS, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente “coronavirus”; y desde el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, **la presente providencia fue aprobada a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.**

SEGUNDO: Se declare la nulidad del acto administrativo oficio informativo radicado de salida SAC TOL2019EE004791 del 26 de agosto de 2019, emitido por el profesional de prestaciones sociales Regional Tolima Ismael Enrique Barrera C, donde dio contestación al Recurso de Reposición y en subsidio de apelación presentado el 5 de agosto de 2019 Radicado 2019ER004382, donde manifiesta en el numeral tercero: “Como ya se le ha manifestado el reconocimiento de la sanción moratoria a favor de la señora Blanca Yolanda Ruiz Muñoz ya está tramitada desde 2018 para ser pagada por la Fiduprevisora”.

A título de restablecimiento del derecho.

PRIMERO: Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Tolima a realizar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria (un día de salario por cada día de mora, según Ley 1071 de 2006), desde el día 20 de mayo de 2017 (un día después del día hábil 65 de radicada la carpeta) hasta el 8 de junio de 2018 (día en que se realizó el pago), por la suma de \$39.316.234.00, correspondiente a 378 días calendario de mora (\$104.011.20 un día de salario X 378 días) que le corresponde a la señora Blanca Yolanda Ruiz Muñoz, por la demora en el pago de sus cesantías parciales reconocida mediante la Resolución Nro. 2449 del 3 de abril de 2018.

Segundo: Condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Tolima a realizar el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria referida en el numeral anterior, de conformidad con el artículo 195 del C.P.A.C.A., tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

Tercero: Condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Tolima, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria reconocida en esta sentencia (artículo 195 del C.P.A.C.A).

Cuarto: Condenar en costas a la parte demandada.”

Como presupuestos fácticos de sus pretensiones, la parte demandante narró los siguientes

Hechos (fls. 2 a 6 Cuaderno Principal Físico):

- El día 13 de febrero de 2.017 la señora Blanca Yolanda Ruiz Muñoz solicitó ante las entidades demandas el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales, al desempeñarse como docente nacionalizada de la Institución Educativa Francisco José De Caldas del Municipio de Villahermosa – Tolima.
- Mediante Resolución Nro. 2449 del 3 de abril de 2.018, la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima reconoció y ordenó el pago de las cesantías parciales a la demandante en cuantía de \$30.607.008.
- Que la prestación fue pagada el día 8 de junio de 2.018 por intermedio de entidad bancaria BBVA, esto es, fuera del término establecido en la Ley 1071 de 2006.
- Que el término para cancelar la prestación, esto es, los sesenta y cinco (65) días hábiles para efectuar el pago, fenecía el día 19 de mayo de 2.017, no

obstante la cancelación de la cesantía petitionada se llevó a cabo el día 8 de junio de 2018, transcurriendo así 378 días de mora desde el momento en el cual debía haberse verificado el pago de la mencionada prestación hasta el pago efectivo de la misma.

- La demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria mediante derecho de petición radicado el día 10 de agosto de 2018. No obstante refirió que, debido a que la entidad no resolvió lo petitionado, el día 5 de julio de 2.019 interpuso acción de tutela correspondiendo su conocimiento al Juzgado Octavo Civil Municipal de Ibagué, bajo el radicado Nro. 73001-40-03-008-2019-00292-00, Despacho que mediante providencia del 17 de julio de 2.019, concedió el amparo del derecho fundamental de petición y ordenó a la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima – Oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio a resolver de fondo la petición presentada por la actora.
- Que mediante oficio Nro. SAC2019EE5933 del 23 de julio de 2.019 el FOMAG informó a la parte actora que la secretaria de educación certificada no debe elaborar el proyecto de acto administrativo para continuar la gestión administrativa, motivo por el cual el día 5 de agosto de 2.019 interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación contra dicho acto administrativo, el cual fue desatado negativamente por la entidad demandada, mediante oficio Nro. TOL2019ER004382, indicándole que el acto recurrido no contiene una decisión de fondo, en tanto el mismo fue proferido por una orden de tutela y que el tramite prestacional se encuentra tramitado desde el año 2.018, para ser pagado por la Fiduprevisora S.A.

Normas violadas y concepto de violación.

Como normatividad transgredida el profesional en derecho cita los artículos 2, 13, 23, 25 y 53 Superiores, la Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006, el Decreto 1272 de 2018, el artículo 9 numeral 4 de la Ley 1437 de 2011, el Decreto 29 de 2012 y la Ley 734 de 2002.

Aseguró que las entidades obligadas a responder por las cesantías de los docentes han estado menoscabando las disposiciones que las regulan, al incurrir en mora injustificada para el pago de aquellas; añadió que la demandada está evadiendo el espíritu garantista de la Ley 1071 de 2006, que establece términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía a su representada, pues cancela la prestación con posterioridad a los 65 días hábiles, después de haber realizado la petición, por lo que debe asumir la sanción correspondiente por la mora.

Trámite procesal.

El 4 de marzo de 2.020 (fl. 1 Cuaderno Principal Físico) el proceso fue sometido a reparto, correspondiéndole a este Despacho su conocimiento y la demanda fue recibida por parte de la oficina judicial el día 5 de marzo de 2020 (fl. 62 Cuaderno Principal Físico).

Por auto del 13 de marzo de 2020 (fl. 63 Cuaderno Principal Físico) se admitió la demanda de la referencia y se ordenó la notificación a las entidades demandadas, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público.

Posteriormente en providencia del 29 de enero de 2.020, se ordenó la vinculación de la Fiduprevisora S.A. (fls. 81 a 83 Cuaderno Principal Físico).

Surtida en debida forma la notificación a las partes (fl. 68 Cuaderno Principal Físico) dentro del término para contestar la demanda de la referencia, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A. y el Departamento del Tolima, allegaron escrito en los siguientes términos:

Contestación de las entidades demandadas.

Departamento del Tolima.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que el Departamento del Tolima no es el responsable del pago de las cesantías definitivas o parciales de los docentes nacionales o nacionalizados, toda vez que el encargado de cumplir ese cometido es el FOMAG; aunado a que estimó que, los actos demandados no fueron expedidos por el ente territorial que representa, sino por el representante del Ministerio de Educación Nacional, por lo tanto consideró que, el Departamento del Tolima no puede responder por este hecho, pues en este caso, el Secretario de Educación Departamental actuó en Delegación del Ministerio de Educación Nacional y no en representación del Departamento del Tolima.

Así mismo, expresó que el trámite final de pago es de competencia exclusiva de la fiduciaria – Fiduprevisora S.A., motivo por el cual decantó que si bien la entidad que representa cumplió a cabalidad con la gestión que le era exigible dentro del marco de sus competencias, las gestiones tendientes a hacer efectivo dicho pago escapan de la órbita de competencia del Departamento del Tolima en tanto, no tiene a su cargo el manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sino tan solo el impulso de la orden contenida en los actos administrativos de reconocimiento. En consecuencia, deprecó denegar las súplicas de la demanda y condenar en costas a la parte demandante, en tanto no se le ha cercenado, desconocido, ni vulnerado derecho alguno a la actora por parte del Departamento del Tolima.

Formuló las excepciones de fondo que denominó: i) *improcedencia pago sanción moratoria al personal docente*, aseveró que el personal docente goza de un régimen especial que no dispone que por el pago tardío de las cesantías, el empleador deba pagar una sanción y menos aún que la misma sea equivalente a un día de salario por cada día de retardo; ii) *improcedencia pago sanción moratoria con recursos del Departamento del Tolima*, manifestó que en el evento de considerarse procedente la prestación aquí deprecada, la misma debe ser pagada con cargo a los recursos de la Nación – Ministerio de Educación - FOMAG, máxime que los actos administrativos demandados y que fueron suscritos por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, el ente territorial actuó en ejercicio de la función delegada para trámites administrativos que le hizo la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; iii) *cobro de lo no debido frente al Departamento del Tolima*, consideró que no existe causa jurídica alguna para que el ente territorial esté en la obligación de asumir dicho cobro, pues precisó que es una carga que corresponde asumirla a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; iv) *imposibilidad de acceder a la indexación de las sumas de dinero que eventualmente se le reconocieran al actor por la presunta sanción moratoria*, indicó que la H. Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996, estableció que no es razonable que el trabajador que obtiene el reconocimiento y pago de la sanción por mora, adicionalmente salga beneficiado con la indexación de esa suma y v) *reconocimiento oficioso de excepciones* (CD folio 70 expediente digital).

Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

Magisterio - FOMAG.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, estableciendo que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva como quiera que Fiduprevisora S.A. actúa única y exclusivamente como vocera y administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, por lo que los bienes del fideicomitidos no son del fideicomitente, de conformidad con el artículo 1226 del Código Civil, pues el fiduciario adquiere el dominio de la cosa recibida, como titular de un patrimonio autónomo constituido, razón por la cual la elaboración del contrato de fiducia no sólo implica la transferencia de la propiedad sino la constitución, por expresa disposición legal de un patrimonio autónomo, afecto a la finalidad prevista en el acto constitutivo.

Por lo anterior, concluyó que la fiduciaria La Previsora S.A., como entidad de economía mixta que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y este a su vez es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica consistente en un patrimonio autónomo cuyos recursos tienen el propósito de pagar las prestaciones que las entidades reconozcan a su planta de personal docente, en tanto que la Previsora es una simple administradora de recursos que no está llamada a ser legitimada en la causa por pasiva en el presente evento, además porque no está avalada para consentir actos administrativos.

Como medios exceptivos, propuso como excepción previa: i.) *falta de legitimación en la causa por pasiva*, por cuanto la Fiduprevisora S.A. solo es una simple administradora de los recursos que no está avalada para consentir actos administrativos.

Finalmente formuló las siguientes excepciones de mérito: ii.) *excepción de sostenibilidad financiera*, el Acto Legislativo 01 de 2005, afirmó que los principios de sostenibilidad financiera, y sostenibilidad fiscal tenían un rango constitucional, lo cual implicó que cada ley que se expida con posterioridad a éste, deberá regirse por un marco de sostenibilidad de las disposiciones que allí se establezcan. Es decir, determinó que las decisiones que se tomaran en vigencia de dichos actos legislativos debían fundarse en la protección de estos principios de carácter constitucional, a fin de no contrariar a la Carta Magna, ello teniendo como horizonte los fines sociales del Estado; iii.) *excepción de buena fe*, tal como se especificó en la resolución mediante la cual se reconoció la prestación, esta se expidió a favor del demandante. De igual manera actúa de buena fe la entidad, cuando es respetuosa de la legislación existente en materia de pensiones, con base en nuestro ordenamiento Constitucional y Procedimental, aplicando a cada caso en particular la legislación vigente para así satisfacer las necesidades de todos los asegurados, salvaguardando el patrimonio público y iv.) *excepción genérica* (renglón cd folio 75 expediente digital).

Fiduprevisora S.A.

Guardó silencio.

La audiencia inicial.

Advertido que el numeral 1°. del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020 facultó al Juez Contencioso Administrativo a proferir sentencia anticipada en asuntos de puro derecho o cuando no fuere necesario practicar pruebas, en el presente asunto no se llevó a cabo audiencia inicial, razón por la cual mediante auto del 26 de mayo de 2.021, se declaró no probada la excepción de "*falta de legitimación en la causa por pasiva*" propuesta por el FOMAG, se decretaron las pruebas conducentes, pertinentes y útiles solicitadas por las partes, se corrió traslado y se puso en conocimiento de las partes por el término de ejecutoria de dicha

providencia, las pruebas decretadas por el Despacho (Archivo PDF Nro. 6 auto ajusta trámite).

No obstante, conforme se advierte de la constancia secretarial de fecha 4 de junio de 2.021, las partes guardaron silencio (Archivos PDF Nos. 9 Ejecutoria y 10 ingresa al Despacho).

Así las cosas, mediante proveído del 4 de junio de 2.021 (Archivo PDF Nro. 11 precluye término probatorio y corre traslado para alegar) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito. En consecuencia, de la constancia secretarial de fecha 28 de junio de 2.021, se advierte que dentro del término concedido, el FOMAG y el Departamento del Tolima, allegaron escrito.

Alegatos de Conclusión:

Parte demandante.

Guardó silencio.

Nación - Ministerio de Educación - FOMAG.

Expresó que si bien la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han determinado que la sanción por mora sí es aplicable al pago de cesantías del FOMAG, pese a no estar prevista en la Ley 91 de 1989, ni en la Ley 962 de 2005, no es posible para la entidad que representa dar estricto cumplimiento al término de 70 días hábiles establecidos para el reconocimiento y pago de la aludida prestación, debido a la presencia de problemas operativos en las entidades territoriales para proyectar las respectivas resoluciones que reconocen las prestaciones sociales de los educadores nacionales afiliados al FOMAG (Archivo PDF Nro. 12 Alegatos Ministerio de Educación).

Departamento del Tolima.

Precisó que en asuntos similares al que ocupa la atención del Despacho, las autoridades judiciales han impartido las órdenes respectivas a la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no así contra el ente territorial que representa, como quiera que se ha considerado que el ente territorial no es el obligado a responder por actos en virtud de los cuales actúa en delegación y no en ejercicio de una función propia, situación que afirmó, ha sido acogida por el Tribunal Administrativo del Tolima (Archivo PDF Nro. 19 Alegatos de conclusión Departamento del Tolima).

Fiduprevisora S.A.

Guardó silencio.

Ministerio Público.

No emitió concepto de fondo.

Consideraciones

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. de P.A. y de lo C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

Problema jurídico.

Conforme se determinó en providencia del 26 de mayo de 2.021, corresponde al Despacho determinar ¿si la señora Blanca Yolanda Ruiz Muñoz 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 los actos demandados SAC 2019EE5933 del 23 de julio de 2019 y SACTOL2019EE004791 del 26 de agosto de 2019 están ajustados o no a derecho?.

Tesis parte demandante.

Considera que debe declararse la nulidad de los actos administrativos enjuiciados mediante los cuales se resolvió desfavorablemente la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción mora en el pago de las cesantías parciales reconocidas a la demandante, mediante Resolución Nro. 2449 del 3 de abril de 2.018, disponiendo que las entidades demandadas deberán reconocer y pagar la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías de la parte actora, desde el día 20 de mayo de 2.017 (un día después del día hábil 65 de radicada la carpeta) hasta el 8 de junio de 2018 (día en que se realizó el pago), para un total de 378 días calendario de mora en favor de la señora Blanca Yolanda Ruiz Muñoz.

Tesis parte demandada

Departamento del Tolima.

Estima que si bien, al tenor de lo dispuesto en la Ley 91 del de 1989 y la Ley 962 del 2000, las solicitudes para el reconocimiento de prestaciones sociales docentes deben ser radicadas ante las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas, por disposición legal, la entidad competente para reconocer y pagar la prestación que hoy se reclama es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuenta adscrita al Ministerio de Educación Nacional; máxime que refiere, que los actos demandados fueron expedidos por el Secretario de Educación Departamental, actuando en delegación del Ministerio de Educación Nacional y no en representación del Departamento del Tolima. De igual manera, resalta que el trámite final de pago es de competencia exclusiva de la fiduciaria – Fiduprevisora S.A., motivo por el cual decantó que si bien la entidad que representa cumplió a cabalidad con la gestión que le era exigible dentro del marco de sus competencias.

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Tras oponerse a las pretensiones de la demanda, considera que al verificar el cumplimiento del término establecido para reconocer y pagar las cesantías de los servidores públicos, la entidad no incurrió en la mora que asegura la parte demandante, como quiera que dicha omisión radicó en el ente territorial debido a problemas operativos. Igualmente expone que la entidad encargada de las prestaciones docentes es la Fiduprevisora S.A. quien actúa única y exclusivamente como vocera y administradora del patrimonio autónomo del FOMAG.

Tesis del Despacho.

Analizados los argumentos de hecho y derecho de la demanda, la contestación a la, al igual que los medios de prueba regular y oportunamente allegados al proceso, considera el Despacho que se configuran todos los presupuestos para la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por cuanto encuentra probada la ilegalidad de los actos administrativos demandados, en razón a que infringieron 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 la parte demandante.

Marco Normativo.

De la nulidad y restablecimiento del derecho

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tiene fundamento en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2.011 al alcance de toda persona que considere que con un acto administrativo se infirió agravio a sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, ejercicio con el cual se obtienen, de forma simultánea, tanto la nulidad del acto como el restablecimiento de los derechos personales violados por la decisión contenida en el acto o en los actos objeto de demanda.

Del principio de legalidad enunciado se aprecia, claramente, que la acción se origina en **un acto administrativo** que el demandante considera ilegal; **persigue** (objeto) la nulidad del acto y además el restablecimiento de un derecho, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado. Tal acción se encamina a: 1) **impugnar** la validez de un acto jurídico administrativo y, como declaración consecencial, 2) **restablecer** el derecho subjetivo lesionado.

Ahora bien, en el presente asunto la señora **Blanca Yolanda Ruiz Muñoz** en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho depreca la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios Nos. SAC 2019EE5933 del 23 de julio de 2.019 y SAC TOL2019EE004791 del 26 de agosto de 2019, toda vez que las entidades demandadas no efectuaron pronunciamiento de fondo sobre lo solicitado frente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, por el no pago oportuno de las cesantías parciales a ella reconocida, actos por cuya ilegalidad aboga y a consecuencia de la aludida declaración de nulidad, pretende el restablecimiento de los derechos que estima conculcados por el proceder de las accionadas, por lo cual solicitó condenar a las demandadas a reconocer y pagar a su favor la sanción por mora establecida en la ley 1071 de 2006, esto es, un día de salario diario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los 65 días después de haber solicitado la cesantía y hasta tanto se hizo efectivo el pago de la misma, así como los ajustes de valor correspondientes.

Así las cosas, en sentir del Despacho en efecto, procede el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al respecto se observa que se trata de un acto que impone una decisión administrativa proferida en una entidad pública que afecta, por no satisfacer o atender un derecho o interés subjetivo, individual o concreto; por consiguiente, es susceptible de control por esta jurisdicción mediante la pretensión que se ha promovido, y este Juzgado es competente para la presente demanda.

El Consejo de Estado² ha advertido al respecto:

“Conforme lo ha precisado la doctrina y la jurisprudencia, el acto administrativo es una especie dentro del género de los actos jurídicos, caracterizado por ser expresión del ejercicio de la función administrativa del Estado, independientemente del órgano que lo expide o produce³, entendida ésta como aquella actividad estatal que cumplen o desarrollan los agentes

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de septiembre de 2.000, Expediente 12244, Actor: María del Consuelo Herrera Osorio, Demandada: La Nación - Ministerio de Comunicaciones. C.P: Dr. GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.

³ GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo - El Acto Administrativo”, 1ª Ed. Colombiana, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Santafé de Bogotá, 1999, pág. I-14.

del Estado y lo particulares expresamente autorizados por la ley⁴, la cual, a diferencia de la función legislativa, se ejerce en el plano sublegal⁵, y, que excepto las supremas autoridades administrativas, por esencia, participa de la presencia de un poder de instrucción⁶.

Por lo tanto, desde el punto de vista de su contenido, el acto administrativo consiste entonces en la expresión de la voluntad, generalmente unilateral⁷, de la administración o de los particulares -expresamente autorizados para hacerlo-, en cumplimiento de función administrativa, dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas particulares o generales, entendidas éstas a su vez, como las distintas posiciones que pueden tener las personas frente a determinadas normas o formas de derecho, como por ejemplo, las situaciones de servidor público, contribuyente, usuario de un servicio público, contratista, oferente, etc.

En ese contexto, desde el punto de vista de su estructura, los elementos del acto administrativo son los siguientes: a) El objeto (una decisión); b) la competencia (facultad o capacidad para producir el acto); c) los motivos (razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión); d) las formalidades (conjunto de requisitos sucesivos que integran un procedimiento para la expedición del acto), y e) la finalidad (objetivo o propósito que se busca alcanzar con el acto, la cual comprende una común de todo acto, que es el interés general, y las específicas de cada acto en particular), los cuales, desde un perspectiva metodológica de su presentación, podría decirse que corresponden, en su orden, a los siguientes interrogantes: qué, quién, por qué, cómo y para qué.”. El acto demandado pues, cumple con todos estos requisitos y por ello es un acto administrativo digno de ser juzgado.

Marco Normativo y Jurisprudencial

Del reconocimiento de las cesantías al personal docente, el auxilio de cesantía y la sanción moratoria.

El H. Consejo de Estado ha decantado que la cesantía es una prestación social a la cual tienen derecho los empleados públicos, inclusive, los empleados públicos del orden territorial y que es susceptible de reconocerse bajo dos situaciones: *i)* al producirse la ruptura del vínculo laboral, conllevando al reconocimiento de la cesantía definitiva o, *ii)* cuando el vínculo laboral no finaliza pero el empleado acredita el cumplimiento de los supuestos para el otorgamiento de manera parcial de las cesantías⁸.

⁴ Como es el caso por ejemplo de las Cámaras de Comercio, a quienes la ley les ha encomendado el manejo del registro mercantil (arts. 26 y 27 del Código de Comercio) y el registro de proponentes para la contratación estatal (art. 22 de la ley 80 de 1993), o la función notarial confiada a particulares (art. 1º del decreto 960 de 1979), o las entidades bancarias en cumplimiento del encargo de recaudación de tributos, etc.

⁵ Es decir, con una doble subordinación normativa: la primera a la Constitución Política y, la segunda, la ley; en tanto que la función legislativa se ejerce con arreglo a la primera de tales sujeciones.

⁶ Esta es precisamente una de las notas tipificadoras que permite distinguir la función administrativa de la función jurisdiccional. Sin embargo, por orden lógico de organización y de colocación de las cosas, de ese poder de instrucción se exceptúan las supremas autoridades administrativas, como acontece por ejemplo con el Presidente de la República, los gobernadores departamentales y los alcaldes municipales (con excepción de algunas precisas materias en las que éstos, por expresa disposición constitucional, constituyen agentes del Presidente, v. gr. en el manejo del orden público, art. 296).

⁷ Aunque hoy en día, en desarrollo de la participación de los administrados en la gestión de las tareas del Estado en general y de la actividad administrativa en particular, lo mismo que, como producto del fenómeno de la concertación como estrategia de gobierno, el acto administrativo ha dejado de ser exclusivamente expresión de la voluntad “unilateral” de la administración pública, para dar paso a la participación del gobernado en la producción de los actos administrativos, como por ejemplo, en la adopción de medidas como la fijación de los incrementos salariales, la liquidación consensual de los contratos estatales, la adopción de planes y programas de desarrollo, etc.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Sentencia del 29 noviembre de 2007, Radicado: 73001-23-31-000-2001-02988-01(2271-05), C.P.: JESÚS MARÍA LEMUS

A su vez, la H. Corte Constitucional ha referido que, existen regímenes laborales especiales que garantizan un nivel de protección igual o superior en relación con los regímenes generales, teniendo dicha diferenciación plena justificación al tenor de lo expuesto en el artículo 58 de carácter superior⁹.

En consecuencia, la aludida Corporación en la sentencia C-928 de 2006, precisó que en materia prestacional los docentes tienen un régimen propio y dentro del mismo, existe uno de carácter especial, esto es, el previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003; según la Corporación, en esta normatividad se contempla las prestaciones sociales de los docentes en lo relacionado con salud, pensiones y cesantías; lo anterior con el objeto de dar la protección y el favorecimiento a los mismos teniendo en cuenta la ardua y trascendental labor que desempeñan en la sociedad.

Pese a lo anterior, se estableció que si bien, los docentes estatales gozan de un régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989, en dicha normatividad no se dispuso de manera expresa la posibilidad de recibir una indemnización producto de la sanción por el no pago oportuno del auxilio en comento, como sí se contempla en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público, recibiendo *per se* un trato claramente diferenciado.

En consecuencia, la Corte Constitucional¹⁰ 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:

*“(…) 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.

BUSTAMANTE.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-566 del 6 de noviembre de 1997, Radicado: D-1651, Actor: Luis Horacio Muñoz Criollo. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA.

¹⁰ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-336 del 18 de mayo de 2017, Expedientes T-5.799.348, T-5.801.948, T-5.812.820, T-5.820.810, T-5.823.520, T-5.823.613, T-5.823.615, T-5.826.127, T-5.826.129, T-5.826.142, T-5.826.188, T-5.826.256, T-5.842.501 y T-5.845.180 (Acumulados), Accionantes: Constanza del Rosario Castro Rodríguez y otros, Accionado: Tribunal Administrativo del Tolima y otros, MP. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO.

(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. (...)."

Así las cosas, independientemente del tipo de docente *-nacional o nacionalizado-* o de que si tienen o no régimen especial, en aras de materializar el derecho a la igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales, la Corte Constitucional concluyó que, a los docentes oficiales se les debe reconocer la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías una vez el juzgador verifique los presupuestos para acceder a ella.

De igual manera, resulta pertinente indicar que la H. la Corte Constitucional, en reciente pronunciamiento efectuado en la sentencia **SU-332 del 25 de julio de 2019**, Magistrada sustanciadora GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, concluyó:

"52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías."

Bajo las anteriores precisiones, se tiene que, los docentes son acreedores a la indemnización por el no pago oportuno de sus cesantías, cuestión ampliamente debatida en la sentencia SU-336 de 2017 y, la razón obedece a que estos se equiparan a los demás servidores públicos respecto a este asunto para efectos de dar aplicación al principio de favorabilidad, según lo expuesto en precedencia.

No obstante lo anterior, es pertinente advertir que al realizar el análisis del tema en particular que ni la Corte Constitucional ni el Consejo de Estado tuvieron en cuenta la existencia de los dos regímenes de cesantías vigentes en los docentes: el de retroactividad y el anualizado y que mantuvo la ley 91 de 1989, por lo que de acuerdo al cual pertenezca el docente le es mayor o en menor caso beneficioso el pago de su prestación al momento de hacer el cálculo aritmético.

Ahora bien, estima el Despacho pertinente resaltar que si bien las normas que regulan el auxilio de cesantías no la definieron, 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”¹¹.

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”¹².

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

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

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

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

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

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

De la normatividad transcrita se observa que el legislador no sólo reguló la mora en el pago de las cesantías, sino que además le dio un término a la entidad para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las mismas, por ende, debe estudiarse cada caso en concreto, pues si el acto administrativo de reconocimiento se expide dentro del término legal conferido, los 45 días para el pago comienza a contabilizarse desde la firmeza del mismo; no obstante, si la entidad competente para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías sobrepasa el término para emitirlo, por culpa de la entidad y no del solicitante, no es procedente inferir que el

¹¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección “A”, providencia del 11 de noviembre de 2009, Radicado: 250002325000200304523 01 (0808-07), Consejero Ponente: Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

¹² Sentencia de la Corte Constitucional C-823 de 2006.

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 Apropriaciones 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).

Posteriormente, el Consejo de Estado en sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, expediente Nro. 73001-23-33-000-2014-00580-01, interno Nro. 4961-2015¹³ dispuso:

“En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –cesantías parciales o definitivas– o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006¹⁴), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011¹⁵) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51¹⁶], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006¹⁷.” (Negrilla del Juzgado).

Así las cosas, para efectuar el cómputo del término total de la sanción moratoria se debe tener en cuenta: i) si la petición se presentó durante la vigencia del decreto 01 de 1984, el mismo corresponde a 65 días y ii) si la petición se presentó en vigencia del C. de P.A. y de lo C.A., el término varía a 70 días); resaltándose que dicha

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, Radicado: 73001-23-33-000-2014-00580-01, demandante: Jorge Luis Ospina Cardona, Demandado: Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

¹⁴ «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.

[...]

Artículo 4. 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.»

¹⁵ «ARTÍCULO 76. oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

[...]

ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.
4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.
5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.»

¹⁶ «Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo. [...]

Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme.

[...]»

¹⁷ «Artículo 5°. 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.»

diferencia corresponde a que el término de la ejecutoria de la decisión varía de 5 a 10 días.

En consecuencia, en la enunciada Sentencia de Unificación se establecieron 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, 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.

En lo relativo a la competencia para el pago de la prestación y por supuesto de la sanción por mora.

A este respecto ha dicho el Consejo de Estado:

Si bien la fiduciaria es la encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, cabe advertir que es a éste último a quien a través de la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente, le está dada la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación deprecada por el docente o sus beneficiarios, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.

El objeto de la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar¹⁸ una serie de trámites que se adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación, dada la evidente complejidad que ello entrañaba, circunstancia que en ningún momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, como se observa en el artículo 56 de la precitada ley, el cual, no hace otra cosa que reafirmar dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al señalar en su tenor literal que “Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo.”

*Así las cosas, en lo que tiene que ver con las prestaciones sociales del magisterio y pese a que en efecto la facultad nominadora se encuentre en cabeza de las secretarías de educación del nivel territorial, se tiene que es ésta una competencia dada al respectivo Fondo mediante la aprobación que haga la Fiduprevisora S.A. del proyecto de decisión presentado por la Secretaría de Educación correspondiente, de acuerdo a lo establecido en la Ley 962 de 2005 artículo 56, por lo tanto, encontrándose en cabeza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tanto **el reconocimiento como el pago de las cesantías de los docentes**, es ostensible que el restablecimiento en tratándose de controversias relacionadas con las prestaciones sociales de los docentes, corresponde a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ser en cabeza de quien se encuentra el patrimonio autónomo creado por la ley para el pago de los factores prestacionales de sus afiliados”.¹⁹ (Resaltado original)*

Conforme lo establecido por el Consejo de Estado, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la entidad encargada tanto del reconocimiento como del pago de las cesantías de los docentes.

Hechos probados.

- Resolución Nro. 2449 del 3 de abril de 2018, “por la cual se reconoce y ordena el pago de una Cesantía parcial con destino a construcción de vivienda”, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima, en favor de la señora Blanca Yolanda Ruiz Muñoz, como docente de vinculación “NACIONALIZADO SITUADO FISCAL” de la Institución Educativa sede “Francisco José de Caldas” del municipio de Villahermosa – Tolima (fls. 23 a 24).
- Que según certificación de la Fiduprevisora S.A. se advierte que el valor de \$30.607.008 quedó a disposición de la solicitante a partir del 22 de mayo de 2018 a través del BBVA (fl. 72).

¹⁸ Así puede verse en su mismo epígrafe en el cual se señala: “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.”.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 2ª instancia del 8 de junio de 2017, Radicado: 17001-23-33-000-2013-00624-02 (3931-14), Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

- Que según el “Formato único para la expedición de certificado de historia laboral” y “Formato único para la expedición de certificado de salarios”, el régimen de cesantías de la docente es retroactivo - nacionalizado (fls. 19 a 23).
- Que mediante derecho de petición elevado al Coordinador del FOMAG - Regional Tolima, se solicitó el reconocimiento de la sanción mora por el no pago oportuno de las cesantías de la demandante con radicación Nro. SAC2018PQR20546 del 10 de agosto de 2018 (fls. 26 a 37).
- Que mediante sentencia de tutela proferida por el Juzgado 8º Civil Municipal de Ibagué el día 17 de julio de 2019 (fls. 39 a 47) se amparó el derecho de petición y se ordenó al FOMAG que en el término de 48 horas siguientes a la notificación se dé respuesta de fondo a la solicitud, como quiera que a la fecha no había emitido respuesta alguna a la demandante (fls. 44 a 47).
- Que mediante oficio Nro. SAC2019EE5933 del 23 de julio de 2019, la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima comunicó no ser la entidad pagadora (fls. 48 y 49).
- Que mediante oficio Nro. TOL2019ER004382 del 5 de agosto de 2019, el accionante presenta recurso de apelación contra el oficio Nro. SAC2019EE5933 del 23 de julio de 2019 (fls. 50 a 54), el cual fue resuelto de manera negativa mediante oficio Nro. 20191092433341 del 28 de octubre de 2019, la Fiduprevisora S.A. y el oficio Nro. TOL2019EE004791 del 26 de agosto de 2019, la Secretaría de Educación Departamental como quiera que ya se había reconocido el pago de la sanción moratoria a que tenía derecho la accionante (fl. 55 a 57).

Caso concreto.

Está acreditado en el proceso que la señora **Blanca Yolanda Ruiz Muñoz** se vinculó al servicio docente el día 2 de octubre de 1.984 como docente del régimen nacionalizado de pensiones y retroactivo de cesantías (fls. 23 a 24 Cuaderno Principal Físico), el cual se encuentra regulado por el numeral 3º. del artículo 15 de la Ley 91 de 1989:

“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:

(...)

3. Cesantías. (...)

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.

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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte 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, acumulados 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.”.

Así mismo, se acreditó que la actora mediante petición del **13 de febrero de 2.017**

solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales para construcción de vivienda, motivo por el cual mediante Resolución Nro. 2449 del 3 de abril de 2018, la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima reconoció y ordenó el pago de la aludida prestación en el valor solicitado por la docente, esto es, la suma de \$30.607.008 (fls. 23 a 24 Cuaderno Principal Físico).

A su vez se demostró que el **22 de mayo de 2018** el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A. dejó a disposición de la demandante el valor de las cesantías reconocidas mediante la resolución antes citada (fl. 72 Cuaderno Principal Físico) y reclamadas por la actora únicamente hasta el día **8 de junio de 2018** (fl. 25 Cuaderno Principal Físico), razón por la cual se tendrá como fecha de pago, el día en que se giraron los recursos a favor de la demandante.

Ahora bien, se acreditó que mediante petición Nro. SAC2018PQR20546 del **10 de agosto de 2018**, el apoderado de la señora Blanca Yolanda Ruiz Muñoz solicitó al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías parciales para construcción de vivienda a ella reconocidas (fls. 26 a 37 Cuaderno Principal Físico).

En virtud de lo anterior, la Oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima mediante oficio Nro. SAC2019EE5953 del 23 de julio de 2019, informó el trámite impartido a la solicitud elevada por la señora Blanca Yolanda Ruiz Muñoz, sin que se resolviera de fondo lo pretendido en tanto se señaló que:

“Teniendo en cuenta el asunto de la referencia le informamos que, con oficio 2018EE7675 del 22 de agosto de 2018 esta Secretaria envió a la fiduciaria el expediente de adopción de fallo teniendo en cuenta el comunicado Nro. 010 de fecha 1 de septiembre de 2017 y 011 del 2 de marzo de 2018, emitidos por la Fiduprevisora S.A. en el cual informa dentro de todo, lo siguiente:(...) “La Secretaría de Educación certificada no deberá elaborar el proyecto de acto administrativo, para continuar con la gestión administrativa.

Es de anotar que esta solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora administrativa, no está generando un acto administrativo para que sea notificado por esta secretaría, la liquidación la realiza directamente La FIDUPREVISORA y el dinero es depositado en el BBVA San Simón (...)” (fls. 48 a 49 Cuaderno Principal Físico).

Contra la anterior decisión, la parte actora interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación (fls. 50 a 54 Cuaderno Principal Físico); no obstante, mediante oficio Nro. TOL2019EE004791 del 26 de agosto de 2019 la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Tolima denegó de plano el recurso interpuesto al considerar que el oficio Nro. 2019EE5933 del 23 de julio de 2019 es un mero documento informativo de trámite, aunado a que se indicó que no se encuentra en trámite de dicho despacho solicitud alguna de prestaciones salariales, como quiera que el reconocimiento de la sanción moratoria a favor de la señora Blanca Yolanda Ruiz Muñoz está tramitada desde el 2018, para ser pagada por la Fiduprevisora S.A. (fl. 55 Cuaderno Principal Físico).

Así las cosas, teniendo en cuenta lo acreditado en el plenario y acogiendo los planteamientos esbozados por la H. Corte Constitucional y por el H. Consejo de Estado, ya referidos en el acápite normativo de esta sentencia, se evidencia que la actora es acreedora al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, razón por la cual procederá el Despacho a efectuar un pronunciamiento de fondo al término de reconocimiento de las cesantías parciales por ella deprecadas, no sin aclarar que el

término para reconocer y pagar la prestación **no corresponde a 65 días hábiles, conforme lo expuso el apoderado judicial de la señora Blanca Yolanda Ruiz Muñoz, sino a 70 días hábiles por las razones que se pasa a explicar.**

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 parciales 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 Administrativo²⁰, aumentó a un total de **70 días hábiles**²¹, 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. de P.A. y de lo 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.

En virtud de lo anterior, frente al aludido término el Juzgado evidencia lo siguiente:

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 C. de P.A. y de lo C.A.)	Vencimiento del término para el pago - 45 días (Art. 5 L. 1071/2006)
Fecha	13 de febrero de 2.017	6 de marzo de 2.017	21 de marzo de 2.017	26 de mayo de 2.017

²⁰ 2 de julio de 2012.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, Radicado: 73001-23-33-000-2014-00580-01, Demandante: Jorge Luis Ospina Cardona, Demandado: Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Caso concreto	
Fecha de reconocimiento	3 de abril de 2.018
Fecha de pago	22 de mayo de 2.018
Periodo de mora	27 de mayo de 2.017 al 21 de mayo de 2.018
Total días de mora	360 días

En consecuencia, resulta pertinente destacar que el cálculo del periodo de mora efectuado por el Despacho señala un total de **360 días de mora**, periodo sobre el cual el Juzgado emitirá el respectivo pronunciamiento.

En consecuencia, del 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 a la demandante Blanca Yolanda Ruiz Muñoz, 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 de los actos administrativos demandados en razón a que infringieron 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 la parte demandante.

De otra parte, frente a la pretensión de ajuste o indexación de la sanción moratoria conforme lo dispone el artículo 187 del C. de P.A. y de lo C.A., resulta pertinente señalar que el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", mediante proveído del 26 de agosto de 2019, C.P Dr. William Hernández Gómez, aclaró los límites y la interpretación que se ha efectuado a la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, frente al ajuste de valor de la suma a pagar por sanción moratoria; frente a lo cual se consideró:

"No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que "(...)" Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA. "(...)", porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) si hay lugar aplicar el artículo 187, desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a

día esta no podrá indexarse. B) Cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia –art 187- y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

(...)

En conclusión: No es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación, dada la naturaleza de dicha indemnización, sin embargo el valor total generado sí se ajustará en su valor desde la fecha que cesó dicha mora (10 de julio de 2015) hasta la ejecutoria de la sentencia”

Así las cosas, por tratarse la sanción moratoria de una penalidad económica y debido a la naturaleza sancionadora de la sanción deprecada, el Despacho negará la indexación de la sanción moratoria durante su causación. No obstante lo anterior, se dispondrá que la suma total debida por concepto de sanción moratoria se ajuste desde el día siguiente en que la misma cesó, hasta la ejecutoria de la presente sentencia, conforme lo dispone el artículo 187 del C. de P.A. y de lo C.A.

En consecuencia, se accederá a las pretensiones de la demanda, declarándose la nulidad del oficio Nro. SAC2019EE5933 del 23 de julio de 2.019, que informó el trámite impartido a la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reconocidas en favor de la señora Blanca Yolanda Ruiz Muñoz, sin efectuar un pronunciamiento de fondo sobre la misma, así como del oficio Nro. SAC TOL2019EE004791 del 26 de agosto de 2.019, mediante el cual la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima no impartió el trámite al recurso interpuesto por la actora, bajo el argumento que el acto administrativo recurrido corresponde a un acto informativo de trámite y que no se encuentra en trámite de dicho despacho solicitud alguna de prestaciones salariales, como quiera que el reconocimiento de la sanción moratoria a favor de la señora Blanca Yolanda Ruiz Muñoz está tramitada desde el 2.018, para ser pagada por la Fiduprevisora S.A., actos administrativos que denegaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas a la demandante.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad demandada, a reconocer y pagar a la señora Blanca Yolanda Ruiz Muñoz el valor correspondiente a un (1) día de salario vigente al momento de la mora por cada día de retardo, desde el 27 de mayo de 2.017 al 21 de mayo de 2.018, destacando que los días de sanción moratoria corresponden a **360 días**; sanción que deberá pagarse en los términos del parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Bajo la anterior orientación, se torna forzoso declarar no probadas las excepciones denominadas *improcedencia pago sanción moratoria al personal docente e imposibilidad de acceder a la indexación de las sumas de dinero que eventualmente se le reconocieran al actor por la presunta sanción moratoria* propuestas por la apoderada judicial del Departamento del Tolima y los medios exceptivos denominado *sostenibilidad financiera y buena fe* formulados por la apoderada judicial del FOMAG.

Pese a lo anterior y advertido que conforme lo expuesto en los fundamentos normativos y jurisprudenciales de esta decisión en el cual se señaló que es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la entidad encargada tanto del reconocimiento como del pago de las cesantías de los docentes, se torna forzoso declarar probadas las excepciones de *improcedencia pago sanción moratoria con recursos*

del Departamento del Tolima y cobro de lo no debido frente al Departamento del Tolima propuestas por la apoderada judicial del ente territorial demandado – Departamento del Tolima.

Prescripción.

En lo que respecta a la prescripción, el Despacho la determinará en los siguientes términos:

Fecha Solicitud Cesantías	Fecha Exigibilidad del Derecho	Fecha Reclamación que interrumpe prescripción	Fecha Presentación Demanda	Decisión
13 de febrero de 2.017	27 de mayo de 2.017	10 de julio de 2.018	4 de marzo de 2.020	No operó Prescripción

Condena en costas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del C. de P.A. y de lo C.A., en consonancia con lo indicado en el artículo 365, numeral 1 del C.G. del P., habrá lugar a condenar en costas a la parte vencida en el proceso, esto es, a la parte demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, el C.G. del P. sobre costas, tiene dicho que están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho (**artículo 361**), por lo que en la decisión que resuelva una controversia total o parcial, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación o queja o súplica, etc., que haya propuesto (**artículo 365, numerales 1 y 2**); de tal manera que se explicita en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia, condenando al recurrente en las costas de la segunda (numeral 3), o cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias (numeral 4).

Por lo demás, de acuerdo con el **artículo 366 del C. G. del P.**, “... 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado”.

Por su parte, el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala lo siguiente:

“1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

En única instancia.

- a. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido.
 - b. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 8 S.M.M.L.V.

En primera instancia.

- a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:
 - (i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.
 - (ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.
- c. Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.

En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L. V."

Se fijarán como agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la suma de un (1) s.m.m.l.v., suma que deberá ser incluida 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.

Ahora bien, se torna procedente reconocer personería adjetiva al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos identificado con cédula de ciudadanía Nro. 80.211.391 y T.P. Nro. 250.292 del C.S de la J., como apoderado judicial principal del FOMAG. Así mismo, se reconoce personería adjetiva a la abogada Vera Cabrales Soto identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 1.047.377.064 de Cartagena y la T.P. Nro. 228.214 del C.S. de la J., como apoderada judicial sustituta del FOMAG, en la forma, términos y para los efectos de la sustitución conferida por el Doctor Luis Alfredo Sanabria Ríos, en su calidad de apoderado judicial principal del FOMAG.

Finalmente, se reconoce personería adjetiva a la abogada Lady Katherine Bernal Alvis identificada con cédula de ciudadanía Nro. 65.632.552 de Ibagué y con T.P. Nro. 326.773 del C.S. de la J., para actuar como apoderada judicial del Departamento del Tolima, en los términos y para los efectos del poder conferido por la Doctora Nidia Yurany Prieto Arango, en su calidad de Directora de Asuntos Jurídicos del Departamento del Tolima.

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 denominadas i) *improcedencia pago sanción moratoria al personal docente* y iv) *imposibilidad de acceder a la indexación de las sumas de dinero que eventualmente se le reconocieran al actor por la presunta sanción moratoria* propuestas por la apoderada judicial del Departamento del Tolima y los medios exceptivos denominados ii) *sostenibilidad financiera* y iii) *buena fe* formulados por la apoderada judicial del FOMAG, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de ii) *improcedencia pago sanción moratoria con recursos del Departamento del Tolima* y iii) *cobro de lo no debido frente al Departamento del Tolima* propuestas por la apoderada judicial del ente territorial demandado - Departamento del Tolima, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del oficio Nro. SAC2019EE5933 del 23 de julio de 2.019 y del oficio Nro. SAC TOL2019EE004791 del 26 de agosto de 2.019, actos administrativos que denegaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas a la demandante.

CUARTO: ORDENAR a título de restablecimiento del derecho a la entidad demandada Nación-Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar a la señora Blanca Yolanda Ruiz Muñoz el valor correspondiente a un (1) día de salario vigente al momento de la mora por cada día de retardo, desde el 27 de mayo de 2.017 al 21 de mayo de 2.018, destacando que los días de sanción moratoria corresponden a **360 días**; sanción que deberá pagarse en los términos del parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

QUINTO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandada Nación-Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por haber resultado vencida dentro del presente asunto.

Fijar como agencias en derecho, a su cargo y favor de la demandante Blanca Yolanda Ruiz Muñoz, la suma de un (1) s.m.l.m.v., la cual deberá ser incluida en las costas del proceso. Por secretaria liquídese.

SEXTO: NEGAR la indexación de la sanción deprecada conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, no obstante la suma total causada por sanción moratoria se ajustará en su valor, tomando como base el Índice de Precios al Consumidor, conforme lo dispone el artículo 187 del C. de P.A. y de lo C.A., a partir del día siguiente en que cesó la causación de la sanción moratoria, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: El cumplimiento de la sentencia se atenderá conforme a los términos previstos conforme a lo dispuesto en el artículo 192 del C. de P.A. y de lo 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 C.G. del P., 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: RECONOCER personería adjetiva al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos identificado con cédula de ciudadanía Nro. 80.211.391 y T.P. Nro. 250.292 del C.S. de la J, como apoderado judicial principal del FOMAG. Así mismo, se reconoce personería adjetiva a la abogada Vera Cabrales Soto identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 1.047.377.064 de Cartagena y la T.P. Nro. 228.214 del C.S. de la J., como apoderada judicial sustituta del FOMAG, en la forma, términos y para los efectos de la sustitución conferida por el Doctor Luis Alfredo Sanabria Ríos, en su calidad de apoderado judicial principal del FOMAG.

DÉCIMO SEGUNDO: RECONOCER personería adjetiva a la abogada Lady Katherine Bernal Alvis identificada con cédula de ciudadanía Nro. 65.632.552 de Ibagué y con T.P Nro. 326.773 del C.S. de la J., para actuar como apoderada judicial del Departamento del Tolima, en los términos y para los efectos del poder conferido por la Doctora Nidia Yurany Prieto Arango en su calidad de Directora de Asuntos Jurídicos del Departamento del Tolima.

Sentencia de Primera Instancia

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00083-00

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Blanca Yolanda Ruiz Muñoz

Demandado: Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro

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

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase²².

El Juez,


José David Murillo Garcés

²² **NOTA ACLARATORIA:** La providencia se tramitó por los canales electrónicos oficiales del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué y de la misma manera fue firmada.