



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, diez (10) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Radicado	73001-33-33-006-2021-00258-00
Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	FLOR NELLY DÍAZ MUÑOZ
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – DEPARTAMENTO DEL TOLIMA
ASUNTO:	SANCIÓN MORATORIA CESANTÍAS

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en los artículos 182 A y 187 del C.P.A.C.A. adicionado por la Ley 2080 de 2021, se procede a dictar sentencia anticipada en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora **FLOR NELLY DÍAZ MUÑOZ** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG y el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA.**

1. PRETENSIONES

1.1 Que se decrete la existencia del acto administrativo ficto o presunto configurado por la no contestación a la petición radicada el 10 de mayo de 2021 y configurado el 10 de agosto de ese año, por el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y como consecuencia su nulidad, acto por medio del cual se negó el reconocimiento a la demandante, de la sanción por mora de que trata la ley 1071 de 2006.

1.2 Que se declare la nulidad del acto administrativo No. 2021EE680 del 13 de septiembre de 2021, por medio del cual el Departamento del Tolima negó el reconocimiento a la accionante de la sanción moratoria reclamada por el no pago oportuno de las cesantías.

1.3 Que se declare que la accionante tiene derecho a que las entidades demandadas, en lo que corresponda, le reconozcan y paguen la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo en el pago de la prestación.

1.4 Que a título de restablecimiento del derecho se condene a las accionadas a reconocer y pagar a la señora DÍAZ MUÑOZ un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías solicitadas, esto dando aplicación a lo dispuesto en las leyes 1071 de 2006, 244 de 1995 y 1955 de 2019.

1.5 Que las entidades demandas reconozcan y paguen el ajuste de valor con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria de conformidad con el artículo 187 del CPACA.

1.6 Que se de cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

1.7 Que se condene en costa a las accionadas.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos que son susceptibles de sintetizar así:

2.1 Que la demandante labora como docente en los servicios educativos estatales en el Departamento del Tolima y por lo tanto el 2 de marzo de 2020, solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

2.2 Que por medio de Resolución No. 1512 del 30 de abril de 2020, le fue reconocida la cesantía solicitada.

2.3 Que las cesantías fueron pagadas el día 19 de diciembre de 2020, por intermedio de entidad bancaria.

2.4 Que la accionante el 5 de mayo de 2020, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías ante las entidades accionadas, solicitud que fue negada a través de los actos administrativos demandados.

2.5 Que la mora se causó por 186 días desde el 17 de junio y hasta el 19 de diciembre de 2020.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹

Indicó que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por considerar que las mismas carecen de fundamentos de derecho y de hecho que sustente lo solicitado.

Refiere que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019, el reconocimiento y pago de prestaciones sociales a los docentes, es un trámite que, exclusivamente, se encuentra en cabeza de las secretarías de educación territoriales, quienes deben expedir el acto administrativo de reconocimiento de la prestación, y de otro lado, la Fiduprevisora S.A quien tiene la obligación legal y contractual de pagar la prestación.

Considera que en el caso concreto la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima se demoró en dar respuesta a la solicitud elevada, con lo cual retrasó el trámite administrativo que de él se decanta, haciendo que fuera aún más diferido el turno de radicación y disponibilidad presupuestal para el efecto, causando una afectación a las funciones que cumple la entidad a la que representa, siendo en este caso el ente territorial quien debe responder por la falla administrativa que se causó.

¹ Archivo 020 expediente electrónico

Propuso como excepciones de mérito las de “i) *buena fe* e ii) *improcedencia de condena en costas*”.

3.2 Departamento del Tolima²

La apoderada del ente territorial accionado señala oponerse a todas y cada una de las pretensiones planteadas, por considerar que carecen de fundamentos de derecho, como quiera que no se le ha cercenado, desconocido ni vulnerado derecho alguno a la señora Flor Nelly Díaz Muñoz, toda vez que los actos administrativos expedidos por la Secretaria de Educación en temas relacionados con los docentes son en nombre del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que no deben responder por la sanción que hoy se pretende sea reconocida.

Propuso como excepciones de mérito las de “i) *Inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales* ii) *inaplicabilidad de la norma que se invoca* y iii) *cobro de lo no debido*”.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Demandante³

Presentó el escrito de alegaciones de manera extemporánea

4.2 Demandada

4.2.1 Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁴

Luego de hacer un recuento de las fechas del proceso administrativo que concluyó con el pago de las cesantías de la accionante, concluye que los 185 días de mora causados, no son de responsabilidad del FOMAG, por cuanto la sanción no se causó en el año 2019, sino en vigencia del 2020, razón por la cual es aplicable el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, y por lo tanto en caso de declararse la nulidad del acto administrativo demandado, el pago de la sanción debe ser asumido por el Departamento del Tolima.

Finaliza su escrito solicitando no se condene en costas y agencias en derecho, pues la entidad que representa ha actuado de buena fe, además de que no se comprobó por la accionante que las mismas se hayan causado.

4.2.2 Departamento del Tolima⁵

La apoderada de la entidad accionada solicita se nieguen las súplicas de la demanda, ya que no se le ha cercenado ni desconocido derecho alguno a la demandante, como quiera que el ente territorial actúa en nombre del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

² Archivo 022 expediente electrónico

³ Archivo 038 expediente electrónico

⁴ Archivo 036 Expediente electrónico

⁵ Archivo 037 Expediente electrónico

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5. Problema Jurídico planteado

Procede el despacho a determinar si, ¿las accionadas deben pagar a la demandante la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías parciales reconocidas, contado a partir del día siguiente al que venció el término legal establecido, al no haberse expedido los actos administrativos y pagado los mismos, dentro de los términos de la Ley 1071 del 2006, que adicionó y modificó la Ley 244 de 1995 y si ellos es así, debe determinarse a quien corresponde asumir el pago conforme las competencias definidas en la Ley 1955 de 2019.

6. Tesis que resuelven el problema jurídico planteado

6.1 Tesis de la parte accionante

Considera que hay lugar al pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías en virtud de lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006 y lo señalado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en diferentes oportunidades.

6.2 Tesis parte accionada

6.2.1 Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Solicita se declare probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, por considerar que no es la entidad competente para el reconocimiento pretendido, como quiera que la mora en la expedición del acto administrativo estuvo en cabeza de la entidad territorial accionada y por lo tanto es a la misma a quien le corresponde asumir la sanción en caso de que se genere.

6.2.2 Departamento del Tolima

Afirma deben negarse las pretensiones de la demanda por cuanto el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales de los docentes demandantes se expidió en los términos establecidos en la ley, además actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, razón por la cual la legitimación en la causa se encuentra en dicha entidad.

6.3 Tesis del despacho

Debe accederse a las pretensiones de la demanda, y de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1955 de 2019, condenarse al departamento del Tolima al pago de la sanción moratoria reclamada, al no proferir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales de la accionante dentro del término indicado por la Ley 1071 de 2006, razón por la cual deberá reconocerse a título de restablecimiento del derecho, la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo, en virtud de lo dispuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en relación con el pago de ésta al personal docente en Colombia.

Además, se declarará la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por cuanto la obligación a su cargo, del pago de las cesantías, se hizo en los tiempos establecidos por la norma antes referida.

7. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que la demandante mediante petición del 02 de marzo de 2020 y con número de radicación 2020-CES-009183 solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.	Documental: Extraído de la Resolución No. 1512 de 30 de abril de 2020 (pág. 28-30 archivo pdf “003DemandaAnexos del expediente electrónico)
2. Que el 30 de abril de 2020, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG reconoció a el demandante el pago de las cesantías parciales.	Documental: Resolución No. 1512 de 30 de abril de 2020 (pág. 28-30 archivo pdf “003DemandaAnexos del expediente electrónico)
3. Que la notificación de la anterior resolución se hizo el 7 de octubre de 2020.	Documental: Aviso de notificación publicado el 6 de octubre de 2020 (pág.33 archivo pdf “003DemandaAnexos del expediente electrónico)
4. Que la resolución de reconocimiento fue remitida para pago a la Fiduprevisora S,A el 2 de diciembre de 2020.	Documental: Oficio del 3 de febrero de 2022 (pág. 7 archivo pdf “029del expediente electrónico)
5. Que el dinero de las cesantías se puso a disposición de la demandante el 19 de diciembre de 2020.	Documental: Copia del certificado expedido por la Fiduprevisora S.A (pág. 38 archivo pdf 003 DemandaAnexos” del expediente electrónico)
6. Que el 10 de mayo de 2021, la señora GARCÍA APONTE solicitó a las demandadas, la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, petición que fue negada por la entidad demandada.	Documental: Petición radicada ante la Secretaría de Educación Municipal (pág. 46-56 archivo pdf 003 DemandaAnexos del expediente electrónico). - Oficio 2021EE680 del 13 de septiembre de 2021, proferido por el Profesional Especializado de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima (pág. 61-63 pdf 003 DemandaAnexos” del expediente electrónico)
7. Que la accionante devengó en el año 2020, asignación básica de \$2’238.031.	Documental: Certificado de salarios expedido por el FOMAG (pág. 42-44 archivo pdf 003 DemandayAnexos del expediente electrónico).
8. Que el Departamento del Tolima en lo que tiene que ver con los docentes, y por causa de la emergencia sanitaria que vivió el país, suspendió los términos para las actuaciones administrativas del 17 de marzo al 12 de julio de 2020.	Documental: Decreto 0296 del 17 de marzo de 2020, por medio del cual el Gobernador del Departamento del Tolima suspende los términos de las actuaciones administrativas en que tenga interés la administración departamental. - Circular No. 80 del 25 de marzo de 2020, expedida por el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima - Circular No. 0147 del 10 de julio de 2020, expedida por el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima

	(Pág. 3-11 archivo pdf 031 AportePruebasMinisterioPúblico del expediente electrónico).
--	--

8. DEL RECONOCIMIENTO DE LA SANCIÓN MORATORIA AL PERSONAL DOCENTE OFICIAL EN COLOMBIA.

La Corte Constitucional⁶ al hacer el análisis de exequibilidad del artículo 89 de la Ley 1769 de 2016, en cuanto a la aplicación de la Ley 1071 de 2006, al personal oficial docente señaló:

“De acuerdo a la legislación y la jurisprudencia, los docentes oficiales han sido considerados como servidores públicos con características especiales. En lo que hace al pago de las cesantías y la mora en el cumplimiento de esta obligación, es aplicable la Ley 1071 de 2006 que en su artículo 4º que establece el término máximo de quince (15) días para proferir la resolución de la solicitud y el artículo 5º, según el cual la entidad pagadora cuenta con un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para el pago. El interés de mora en esta normativa equivale a “...un día de salario por cada de retardo hasta que se haga efectivo el pago”.

Posteriormente y con el fin de unificar la jurisprudencia relacionada con la aplicación de la sanción moratoria para el personal docente, nuestro máximo órgano de cierre⁷, concluyó que la misma debía ser reconocida a la luz de los dispuesto en la Ley 244 de 1995, modificada por la 1071 de 2006, teniendo como conclusiones la siguientes:

“(…)

193. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:

3.5.1 **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 moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide 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.

194. 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 ley⁸ 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. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento 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.

⁶ Sentencia C-486 de 2016

⁷ Consejo de Estado. Sala Plena Sección Segunda – sentencia de unificación por importancia jurídica. 18 de julio de 2018. Rad. SU-012-S2.

⁸ Artículos 68 y 69 CPACA.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el 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.

3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, 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.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.

(...)"

Además, la Corte Constitucional en sentencia SU 336 de 2017, concluyó que la normativa general es aplicable para el reconocimiento de la sanción moratoria para el personal docente en Colombia, concluyendo que " La voluntad del legislador al implementar el auxilio de cesantía así como la sanción por la mora en el pago de la misma, fue garantizar los derechos a la seguridad social y al pago oportuno de las prestaciones sociales de todo trabajador, independientemente de si este pertenece al sector público o al privado. Para ello, buscó implementar un mecanismo ágil y eficaz que permitiera garantizar de manera efectiva un sustento que se torna básico para el sostenimiento del trabajador y de su núcleo familiar. Por esa razón, acoger una postura en virtud de la cual se acepte que los docentes estatales no son beneficiarios de la sanción moratoria de las cesantías no solo contraría esa voluntad del Legislativo y las razones por las cuales fue incluida dentro del ordenamiento jurídico una prestación social de esa naturaleza, sino que transgrede los fundamentos constitucionales en los cuales se sustentaron los proyectos de ley que ahora regulan la materia".

9. DE LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE OBLIGATORIO

Para entrar a analizar el presente asunto y con el fin de determinar en el caso concreto si debe darse aplicación al precedente establecido por la Corte Constitucional, en relación con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de los docentes, se observa que el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, dispuso:

*"Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. **Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas**".*

En relación con el artículo anterior, la sentencia C-634 de 2011, al hacer el análisis de constitucionalidad de la misma, declaró su exequibilidad ***"en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad"***.

De otro lado y con el fin de dilucidar con claridad la aplicación del precedente constitucional a casos estudiados por la jurisdicción contenciosa administrativa, tenemos que en la sentencia T-830 de 2012⁹, se estableció la diferencia entre los conceptos de “antecedente” y “precedente”, sobre los que señaló:

*“[e]l primero –**antecedente**- se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho (e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter **orientador**, lo que no significa (a) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo eximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad (...) [e]l segundo concepto –**precedente**”¹⁰, por regla general, es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso”.*

Al respecto la Corte ha señalado las siguientes razones para establecer la vinculatoriedad de los precedentes:

“La primera razón de la obligatoriedad del precedente se relaciona con el artículo 230 superior. De acuerdo con este precepto de la Constitución Política, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, en ese orden, tienen una autonomía interpretativa e independencia para fallar, pero deben hacerlo dentro de los parámetros que les presenta la ley. Particularmente, el concepto de `ley` ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte desde un sentido amplio, es decir, la ley no es sólo aquella emitida por el legislador, sino además comprende todas las fuentes del derecho incluidas las sentencias que interpretan la Constitución como norma de normas, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de los órganos de cierre de cada jurisdicción”¹¹.

La segunda razón se desprende de los principios de igualdad, debido proceso y buena fe¹². El precedente es una figura que tiene como objetivo principal garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica¹³, igualdad, buena fe y confianza legítima que rigen el ordenamiento constitucional. En otras palabras, la independencia interpretativa

⁹ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰ Según el doctrinante Pierluigi Chiassoni en su libro “Desencanto para abogados realistas”, el precedente judicial puede ser entendido en cuatro acepciones; (i) precedente-sentencia, (ii) precedente-ratio, (iii) precedente-ratio autoritativo y (iv) **precedente- ratio decidendi consolidada** o precedente orientación. Este último hace referencia a “es la ratio decidendi por hipótesis común a –y repetida en- una serie (considerada) significativa de sentencias pronunciadas en un arco de tiempo anterior (...) cuya ratio tienen que ver con la decisión sobre hechos y cuestiones del mismo, o similar tipo, con hechos y cuestiones sobre las cuales se trata decidir ahora(...)”. Esta acepción es el precedente entendido en el sentido más restringido según el autor. Las demás acepciones hacen referencia similar al concepto propuesto por la Corte Constitucional en el sentido en que debe ser una sentencia anterior que trata de hechos cuestiones y elemento muy similares al caso que se pretende resolver.

¹¹ En palabras de la Corte Constitucional: “La misma Corte Suprema de Justicia también ha señalado que la adopción de la Constitución de 1991 produjo un cambio en la percepción del derecho y particularmente del sentido de la expresión “ley”, pues la Constitución se convierte en una verdadera norma jurídica que debe servir como parámetro de control de validez de las decisiones judiciales y como guía de interpretación de las normas de inferior jerarquía”. Cfr. Sentencia C-372 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹² En este sentido, entre muchas otras, pueden verse las sentencias SU-049 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, SU-1720 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-468 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-820 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-162 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

¹³ Sobre este principio, es posible afirmar que el respeto del precedente se funda, principalmente, en el deber de un juez de fallar casos que presenten elementos fácticos y puntos en derecho similares, de manera igual, y no sorprender a los ciudadanos que acuden a la justicia, en virtud del respeto del principio de igualdad y la coherencia y estabilidad en el ordenamiento jurídico. Por ello, un juez, en el caso en que lo encuentre necesario, si se aparta de una decisión anterior aplicable al caso que tiene bajo conocimiento, debe justificar la nueva postura y descalificar las otras consideraciones que han sido base de anteriores decisiones.

es un principio relevante, pero se encuentra vinculado con el respeto a la igualdad¹⁴ en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales¹⁵. En palabras de la Corte Constitucional:

“La fuerza vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica entonces, al menos, por cuatro razones principales: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 13 C.P.), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales debe ser ‘razonablemente previsibles’; (iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (artículo 84 C.P.), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico’¹⁶.

*La tercera razón es que la respuesta del precedente es la solución más razonable que existe hasta ese momento al problema jurídico que se presenta, y en esa medida, si un juez, ante circunstancias similares, decide apartarse debe tener unas mejores y más razonables razones que las que hasta ahora han formado la solución para el mismo problema jurídico o similares. En ese orden la doctrina ha establecido como precedente: ‘tratar las decisiones previas como **enunciados autoritativos** del derecho que funcionan como **buenas razones para decisiones subsecuentes**’ y ‘exigir de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como **una razón vinculante**’¹⁷*

En virtud de lo señalado por la ley y lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C-486 de 2016 y SU 336 de 2017 y el Consejo de Estado en la SU-012-S2 del 18 de julio de 2018, el despacho adoptará el precedente de dichas Corporaciones, en relación con la aplicación de la Ley 1071 de 2006 para reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías de los docentes.

10. DE LA SANCIÓN MORATORIA

La Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 del 2006, establece:

“ARTÍCULO 1o. <Artículo subrogado por el artículo 4o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

¹⁴ La sentencia C-104 de 1993 con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, estableció el punto de partida jurisprudencial en relación con el derecho a la igualdad y las decisiones judiciales en los siguientes términos: “El artículo 229 de la Carta debe ser considerado con el artículo 13 idem, de tal manera que el derecho a “acceder” igualitariamente ante los jueces implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse por parte de los jueces y tribunales en situaciones similares”.

¹⁵ Ver sentencia T-683 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. “La actividad judicial supone la interpretación permanente de las disposiciones jurídicas, aspecto que implica que el funcionario determine en cada proceso la norma que se aplicará al caso concreto. En ese sentido los diversos jueces pueden tener comprensiones diferentes del contenido de una misma prescripción jurídica y derivar de ella, por esta razón, efectos distintos”.

¹⁶ Cfr. Sentencia T-049 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Entre otras, sentencias T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁷ Ver J. Bell. “Sources of Law”, en P. Birks (ed.) English Private Law, 1, Oxford University Press, pp. 1-29 (2000). Citado por Bernal Pulido, Carlos. “El precedente en Colombia”. Revista de derecho del Estado. Universidad Externado de Colombia, páginas 81-94 (2008). Ver en el mismo sentido, “American Law In a Global Context. The Basics”. Sheppard, Steve. Fletcher, George P. Pg. 80-83. (2005) “Casos que establecen una regla en la interpretación de una norma o situación concreta. Esto se identifica con los hechos, el problema jurídico, las consideraciones que sustentan y son relevantes para la decisión, y la solución que se declara para el caso. Para identificar un caso como precedente: stare decisis (casos previos que vinculan como precedente), ratio decidendi (la razón de ser de la decisión), obiter dicta (argumentos por decir que no son la razón de ser de la decisión ni son vinculantes para decisiones posteriores)” (traducción libre). “American Law In a Global Context. The Basics”. Sheppard, Steve. Fletcher, George P. Pg. 80-83. (2005)

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 2o. <Artículo subrogado por el artículo 5o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> *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.”

La indemnización moratoria se concibe como una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la mencionada ley.¹⁸

De los artículos 1 y 2 se deduce, que si se trata del auxilio de cesantía, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, con la modificación de la Ley 1071 del 2006, la entidad pública obligada al pago dispone de un término de quince (15) días hábiles a partir de la fecha de solicitud de liquidación de cesantías, para producir el acto administrativo que ordene su liquidación y, de cuarenta y cinco (45) días hábiles, después de la ejecutoria de dicho acto administrativo, para proceder a su pago.

Si dentro de los términos establecidos la entidad obligada al pago de las cesantías no lo hiciera, sería sancionada a favor del solicitante, con un pago del equivalente a un día de salario por cada día de retraso, en el pago de la cesantía y hasta que se haga efectivo el mismo

Ahora bien, en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías, la Ley 91 de 1989 en su artículo 9º, establece:

“Las Prestaciones Sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales”.

Así mismo, la ley 115 de 1994 en el artículo 180, dispone que:

“RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES. *Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por intermedio del Representante del Ministerio de*

¹⁸ Consejo de Estado. C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 28 de junio de 2012, Radicación número: 08001-23-31-000-2009-00718-01(1682-11)

Educación Nacional ante la entidad territorial, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará, además, la firma del Coordinador Regional de prestaciones sociales.”.

Así las cosas, le corresponde al Ministerio de Educación Nacional, a través de la Oficina Coordinadora de Prestaciones Sociales del Magisterio en cada regional, liquidar las cesantías parciales o definitivas y emitir la resolución que reconozca o niegue la prestación y a través de la entidad Fiduciaria (Previsora S.A) realizar el correspondiente pago.

Posteriormente y en lo que tiene que ver con el pago de la sanción moratoria, la Ley 1955 de 2019, dispuso:

“ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. *La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.*

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención”.

En aras de la garantía constitucional al derecho a la igualdad material y formal y teniendo en cuenta que los docentes estatales tienen derecho al pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 del 2006 que modificó la Ley 244 de 1995, se entrará a hacer el análisis del caso concreto.

11. CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta lo anterior, procede el despacho a determinar si en el caso sub-júdice a la accionante se les reconocieron y pagaron sus cesantías parciales en el término estipulado en la ley.

Se tiene que el día 02 de marzo de 2020¹⁹, la demandante elevó la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales, siendo enjuiciada la prestación el día 30 de abril de 2020, mediante Resolución N° 1512 de esa fecha, debidamente notificada el 7 de octubre de dicha anualidad²⁰, enviada a la Fiduprevisora para su pago el 2 de diciembre de 2020²¹ , las cuales fueron puestas a disposición de la docente el 19 de diciembre de 2020 (Fl. 38 Archivo 003 DemandaYAnexos del Expediente electrónico).

Ante la demora de la administración para emitir un pronunciamiento dentro del tope indicado, el término para contar el día a partir del cual se genera la indemnización moratoria, será de **setenta días hábiles**, que corresponden a los quince (15) días hábiles que tenía la entidad para expedir la resolución, más diez (10) días hábiles que correspondían a la ejecutoria de la resolución, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución cuando debió efectuarse el pago.

En el presente asunto, y para efectos del reconocimiento de la sanción moratoria pedida, se suspenderán los términos antes referidos, y durante los lapsos establecidos en los actos administrativos expedidos por el Gobernador del Departamento del Tolima y el Secretario de Educación y Cultura del Departamento, por medio de los cuales se suspendieron las actuaciones administrativas en razón a la emergencia sanitaria decretada a nivel nacional, por los siguientes días: del 17 de marzo al 12 de julio de 2020, lo anterior de conformidad con la documental solicitada y posteriormente aportada por el Agente del Ministerio Público que actúa ante este despacho.

Para el caso en estudio entonces, se contabilizará así:

Solicitud cesantías parciales	2 de marzo de 2020
Término para expedir la resolución (15 días hábiles)	Desde el 3 de marzo al 16 de marzo de 2020 y del 13 de julio al 17 de julio de 2020
Término de ejecutoria de la resolución (10 días hábiles. Art. 76 del CPACA)	Desde el 21 de julio al 3 de agosto de 2020
Fecha acto administrativo No. 01512	30 de abril de 2020
Fecha de notificación del acto administrativo	7 de octubre de 2020

¹⁹ Según se desprende de la Resolución No. 001512 del 30 de abril de 2020 (Archivo003 Expedienteelectrónico).

²⁰ Ídem

²¹ Folio 7 Archivo 029 Expediente electrónico

Fecha del envío del acto administrativo a la Fiduprevisora S.A	2 de diciembre de 2020
<u>Mora de la entidad territorial: 120 días</u>	Del 4 de agosto al 1 de diciembre de 2020
Término para efectuar el pago (45 días)	Del 3 de diciembre de 2020 al 10 de febrero de 2021
Fecha de pago	19 de diciembre de 2020
<u>Tiempo de mora del Ministerio de Educación Nacional - FOMAG</u>	No se configuró la sanción moratoria mora frente a esta entidad

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que la entidad demandada Departamento del Tolima, incurrió en la conducta que da lugar a la aplicación de la sanción prevista en la ley, puesto que no notificó ni envió a la Fiduprevisora S.A dentro del término de ley el acto administrativo que reconoció la prestación de la accionante, haciendo entonces que se superara el término dado por la ley para ello.

En consecuencia, lo adeudado se liquidará así:

Asignación básica año 2020: \$2.238.031
Salario diario 2020: \$74.601
Días de mora: 120
Sanción moratoria: \$74.601 X 120 = \$8.952.120

Por lo anterior se concluye que el departamento del Tolima le adeuda a la accionante por concepto de sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías el equivalente a 120 días de salario, es decir \$8.952.120.

12. PRESCRIPCIÓN

Debe señalarse en primer lugar que el despacho analizará la prescripción extintiva del derecho a la luz de lo dispuesto en el artículo 151 del C.S T como quiera que el Consejo de Estado en diferentes oportunidades y en el caso específico de la sanción moratoria ha señalado que es la norma aplicable, por no estar regulada esta multa en el decreto 3135 de 1968.

La mencionada norma dispone:

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

Ahora bien, en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, por la Sección Segunda del Consejo de Estado señaló:

« [...] Por ende, es a partir de que se causa la obligación -sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción, así sea en forma parcial.

[...]

Corolario de lo expuesto, la Sala unifica el criterio de que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe

realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora [...]» (Resaltado fuera de texto)

En el caso concreto, la sanción moratoria de la demandante Díaz Muñoz se generó desde el 4 de agosto de 2020 y presentó la solicitud de su reconocimiento el 10 de mayo de 2021; por lo que se observa que no operó el fenómeno de la prescripción, pues no transcurrieron más de 3 años entre el momento que la obligación se hizo exigible y la solicitud que la interrumpió, por lo que no se declarará probada.

13. INDEXACIÓN

En cuanto a la indexación solicitada por el apoderado de la parte actora, el despacho venía negando la misma en razón a lo dispuesto por el Consejo de Estado, quien indicaba que la sanción moratoria en si misma ya incluye la actualización monetaria pedida.

En ese sentido, dicha Corporación, en la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, señaló:

“(…)

191. En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA”.

Frente a la interpretación de lo dispuesto en la mencionada providencia y el alcance del ajuste en los términos del artículo 187 del CPACA la Sección Segunda – Subsección A²², indicó que mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse, pero que al terminarse se consolidara una suma total, la cual si es objeto de ajuste desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia y posteriormente solo se pagaran los intereses en los artículos 192 y 195 del CPACA, posición ésta que no fue analizada en la sentencia SU-041 de 2020, por lo que no hay lugar a dar aplicación a la misma en el presente asunto.

En virtud de lo anterior el despacho cambia la posición que venía adoptando y en consecuencia y dando alcance a la interpretación del órgano de cierre de esta jurisdicción, se ordenará reajustar las sumas a reconocer así:

Se indexará la suma de \$8.952.120, desde el 2 de diciembre de 2020 y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia conforme lo señala el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011²³.

14. RECAPITULACIÓN

²² Consejo de Estado. Sección Segunda – Subsección A. Consejero Ponente Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Radicado 68001233300020160040601 (1728-2018).

²³ “(…)

Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor”.

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que a la demandante, en calidad de docente adscrita a la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima, se le reconoció y pagó en forma tardía la cesantía parcial solicitada, se despacharán favorablemente las pretensiones de la demanda, pagándole un (1) día de salario por cada día de retardo en el reconocimiento y pago del auxilio pedido, y se ordenará ajustar las sumas a reconocerse en los términos del artículo 187 del CPACA.

15. CONDENA EN COSTAS.

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del CGP dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

De otro lado en relación con las agencias en derecho, en el presente caso se observa que las pretensiones fueron despachadas favorablemente, razón por la cual de conformidad con con el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la demandada Departamento del Tolima, **en la suma equivalente al 4% de lo reconocido a la demandante.**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLÁRESE PROBADA la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA propuesta por la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad del acto administrativo 2021EE680 de fecha 13 de septiembre de 2021, proferido por el Departamento del Tolima – Secretaría de Educación, por medio del cual se negó el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la señora FLOR NELLY DÍAZ MUÑOZ, en los términos expuestos en la parte considerativa de la sentencia.

TERCERO: CONDÉNESE al **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**, a pagar a la señora **FLOR NELLY DÍAZ MUÑOZ** quien se identifica con la C.C No 20.887.626, un día de salario por cada día de retardo en el pago de la cesantía parcial solicitada, contados desde el 4 de agosto y hasta el 1 de diciembre de 2020, es decir por 120 días, lo que equivale a **\$8.952.120.**

CUARTO: Ajústese el valor reconocido, desde el 2 de diciembre de 2020 y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia conforme lo señala el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011²⁴.

QUINTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

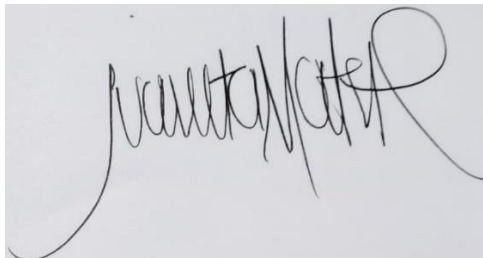
SEXTO: CONDÉNESE en costas al Departamento del Tolima, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, para lo cual se fija la suma equivalente al 4% de lo reconocido a la demandante, como agencias en derecho.

SÉPTIMO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme lo dispuesto en los artículos 203 y 205 del C.P.A.C.A., modificado por la Ley 2080 de 2021.

OCTAVO: En firme este fallo, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, expídanse copias con destino y a costa de las partes, con las precisiones del artículo 114 del C.G.P. las que serán entregadas a los apoderados judiciales que han venido actuando.

NOVENO: Archívese el expediente, previas las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES
Juez

²⁴ “(...)

Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor”.