Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, catorce (14) de enero del dos mil diecinueve (2019)

Radicado	**73001-33-33-010-2018-00110-00**
Medio de control:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante:	**NORMA CONSTANZA ORTEGÓN GUZMÁN**
Demandado:	**NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**
ASUNTO:	**SANCIÓN MORATORIA CESANTÍAS**
Sentencia: 00006	

I. ANTECEDENTES

En atención a la decisión proferida en la audiencia adelantada el pasado **5 de diciembre del 2018**, donde se manifestó **que se accedería a las pretensiones** de la demanda que promovió la señora **NORMA CONSTANZA ORTEGÓN GUZMÁN** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA,** el despacho procede a emitir los argumentos que soportan dicha decisión dentro del término legal señalado en el numeral 2º del artículo 182 de la Ley 1437 de 2011

1. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No SAC **2017 RE 12551** del 8 **de noviembre del 2017**, proferido por el Departamento del Tolima - Secretaría de Educación y Cultura - Oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 del 2006, a la señora **Norma Constanza Ortegón Guzmán.**

1.2 Que se declare que la demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio le reconozca y pague la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006.

1.3**.** Que como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho, se condene a las accionadas a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 1071 del 2006.

1.4 Se ordene a las entidades demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria, conforme al art. 187 de la Ley 1437 CPACA.

1.5 Se condene a las accionadas a dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

1.6 Que se condene en costas a las entidades demandadas.

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 señora **Norma Constanza Ortegón Guzmán** mediante petición radicada el 22 de julio del 2016 No 2016- CES- 355840, solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía parcial a la que consideraba tenía derecho.

2.2 Que con Resolución No. **5541** del **30 de septiembre del 2016**, le fue reconocido el auxilio solicitado.

2.3 Que el pago de la cesantía parcial se efectuó el **28 de noviembre del 2016**

2.4 **Que** la accionante a través de apoderado, solicitó al Fondo de prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 del 2006 que modificó la Ley 244 de 1995.

2.5 **Que** con oficio **SAC 2017 RE 12551** de fecha **8 de noviembre del 2017,** la entidad accionada negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora solicitada.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio

Revisado el expediente se verificó que el Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio FOMAG, contestó la demanda en forma extemporánea según constancia secretarial vista a folio 66 del expediente.

3.2 Departamento del Tolima

La entidad demandada dentro de la oportunidad legal contestó la demanda (fl 44 - 49) oponiéndose a las pretensiones y solicitando se denieguen las suplicas de la misma en razón a que al accionante no se le ha cercenado, desconocido ni vulnerado derecho alguno y porque la Secretaria de educación del Departamento del Tolima en la expedición de los actos administrativos actúa como delegado del Ministerio de Educación Nacional

Expone que el acto administrativo demandado mediante el cual se niega el pago de la sanción moratoria, fue producto de análisis jurídico, riguroso y juicioso que el caso

ameritaba, encontrándose que antes que temeraria, arbitraria, caprichosa o injustificada la decisión allí tomada cuenta con la motivación exigible de todo acto administrativo acorde con la jurisprudencia y la situación fáctica y jurídica puesta de presente en la solicitud.

Agrega que el artículo 2 de la Ley 91 de 1989 establece que, las prestaciones sociales del personal docente nacional y nacionalizado que se causen a partir de la vigencia de la Ley son de cargo del fondo de prestaciones sociales del magisterio.

Añade que el acto administrativo demandado fue suscrito por el secretario de educación del Departamento, en ejercicio de las facultades conferidas y de la función delegada por el Ministerio de educación para realizar el trámite administrativo.

Propuso las excepciones de: *Improcedencia del pago de la sanción moratoria con recursos del Departamento del Tolima y Cobro de lo no debido frente al Departamento del Tolima.*

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

4. Cuestión Previa - De la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento del Tolima.

De acuerdo con la ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, así, se encuentra dentro de sus funciones la de efectuar el pago de las prestaciones y velar porque la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.

En orden a ello, el artículo 9 de la norma citada señala: *"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.****"*

En el mismo sentido, la ley 962 de 2005 por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado, estipuló que en cuanto se trata de las prestaciones sociales que serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estás serán reconocidas por el citado fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada, a la cual se encuentre vinculado el docente.[1]

[1] «ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.»

Así las cosas, el decreto reglamentario 2831 de 2005, de cara al trámite del reconocimiento de prestaciones sociales de docentes a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones, indica:

> ***"Artículo 4°.*** *Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.*
>
> *Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación."*
>
> ***"Artículo 5°.*** *Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley."*

De manera tal, que la resolución de reconocimiento de prestaciones sociales es elaborada y por consiguiente suscrita por el Secretario de Educación del respectivo ente territorial, ello no desconoce que la función de reconocer y pagar las prestaciones a favor de los docentes está a cargo a la Nación – Ministerio de Educación a través del Fondo Nacional de Prestaciones, cuya creación tiene como objetivo precisamente éste y no otro.

Revisado el acto administrativo que reconoció las cesantías parciales de la accionante, advierte el Despacho que, en efecto el mismo es suscrito por el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima junto al representante del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en cumplimiento de las funciones que para ello les fueron delegadas por le ley 962 de 2005 y el decreto 2831 de 2005, pese a ello y en virtud de lo señalado anteriormente, **habrá de declararse probada la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento del Tolima**, toda vez que el acto de reconocimiento del auxilio a la cesantía, sólo atiende a la delegación que la norma hace en exclusiva para la proyección del acto, sin que ello implique que la decisión de su reconocimiento y por ende su pago sea del resorte del ente, pues en el mismo se manifiesta la voluntad de la Nación – Ministerio de Educación por intermedio del representante autorizado por el Fondo Nacional de Prestaciones.

Lo anterior fue señalado por el Consejo de Estado[2] quien indicó:

> *¿Cuál es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en el caso de los docentes? La Subsección sostendrá la siguiente tesis: La entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como pasa a explicarse:*

[2] Consejo de Estado. Sección Segunda – Subsección "A" – Consejero Ponente Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 16 de noviembre de 2017. No. Interno 1520-2014

- Mediante la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está representada por el Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.
- Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 regló el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y señaló en su artículo 4.º los requisitos de afiliación del personal docente de las entidades territoriales, y en su artículo 5.º el trámite de afiliación, artículos de los cuales se desprende que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará las cesantías.
- A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.
En conclusión: el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías".

5. Problema Jurídico

Procede el despacho a determinar si, ¿la entidad accionada debe pagar al demandante la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantía reclamada, contado a partir del día siguiente al que venció el término legal establecido, al no haberse expedido el acto administrativo y pagado la misma, dentro de los términos de la Ley 1071 del 2006 que adicionó y modificó la Ley 244 de 1995?

6. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

6.1 Tesis de la parte accionante

En apoderado de la parte actora reiteró lo expuesto en la demanda, solicitando se acceda a las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que las entidades obligadas al pago de la cesantía han estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, incurriendo en mora injustificada para el pago de la prestación, contrario a lo que sucede con el pago de la cesantía de los demás servidores del estado, que luego de solicitadas están siendo canceladas a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la solicitud, por tratarse de emolumentos salariales que retiene el patrono, pero que son del empleado y se debe dar cumplimiento con el fallo de la

Corte Constitucional SU 336 del 18 de mayo de 2017 y como consecuencia se ordene reconocer y pagar la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.

6.2 Tesis parte accionada.

Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

En desarrollo de la audiencia inicial, la apoderada del FOMAG, se abstuvo de formular alegatos de conclusión y solicitó muy respetuosamente al despacho que las condenas que se efectúen sean proferidas en concreto con el fin de facilitar el pago de la sanción y llevar las fichas técnicas al Comité de Conciliación en virtud a que el Ministerio de Educación ha venido realizando las gestiones con el fin de llegar a un acuerdo conciliatorio.

6.3 Tesis del Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público en su concepto consideró que le asiste la razón a la accionante para que se les reconozca y pague la sanción moratoria de conformidad con las sentencias SU-336 de 2017 y 181 de 2018 emanadas de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado recientemente en este año respectivamente y lo establecido en la ley 244 de 1995 y la 1071 de 2006.

6.4 Tesis del despacho

Debe accederse a las pretensiones de la demanda, toda vez que la entidad accionada incurrió en sanción moratoria al no proferir el acto administrativo de reconocimiento y haber efectuado el pago de las cesantías parciales del 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 reconocimiento y pago de la sanción moratoria al personal docente en Colombia.

7 HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que la demandante mediante petición del 22 de julio del 2016, solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.	**Documental:** Extraído de la Resolución No. 5541 del 30 de septiembre del 2016 (fl 20 - 21)
2. Que el 30 de septiembre del 2016, se reconoció la cesantía parcial al demandante.	**Documental:** Resolución No. 5541 del 30 de septiembre del 2016 (fl 20 - 21)
3. Que el pago de las cesantías se efectúo el 28 de noviembre del 2016	**Documental:** certificación pago de cesantías de Fiduprevisora (fl 22)

4. Que el 7 de octubre del 2017 se solicitó a la demandada, el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.	**Documental:** Petición radicada No SAC 2017 PQR 27897 (fl.24 - 26).
5. Que la petición fue negada el 8 de noviembre del 2017, por la secretaría de Educación y Cultura Departamental.	**Documental:** Oficio SAC 2017 RE 11551 (fl. 27).
6. Que la accionante en el año 2016 devengada por concepto de sueldo básico mensual la suma de $**3.120.336** pesos.	**Documental:** Certificación de salarios expedido por la Secretaría de Educación Departamental (fl. 23).

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

La Corte Constitucional[3] 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 cierre[4], 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.*

[3] Sentencia C-486 de 2016
[4] Consejo de Estado. Sala Plena Sección Segunda – sentencia de unificación por importancia jurídica. 18 de julio de 2018. Rad. SU-012-S2.

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 ley[5] 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.

*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

[5] Artículos 68 y 69 CPACA.

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 2012[6], 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**-[7], 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".*

---

[6] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

*[7] 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 decidenci 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.*

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[8].*
>
> ***La segunda razón** se desprende de los principios de igualdad, debido proceso y buena fe[9]. 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 jurídica[10], igualdad, buena fe y confianza legítima que rigen el ordenamiento constitucional. En otras palabras, la independencia interpretativa es un principio relevante, pero se encuentra vinculado con el respeto a la igualdad[11] en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales[12]. 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*

---

[8] 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.

[9]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.

[10] 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.

[11] 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".*

[12] 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".

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´[13].

***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**`[14]*

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. CAMBIO DE POSICIÓN DEL DESPACHO EN CUANTO AL RECONOCIMIENTO DE LA SANCIÓN MORATORIA PARA EL PERSONAL DOCENTE

En ejercicio de la independencia judicial que rige las decisiones judicial el despacho, venía negando el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías del personal docente del país, por considerar que la normativa general no le era aplicable de ningún modo a dichos empleados, como quiera que la misma es textual en cuanto a sus beneficiarios; sin embargo, en esta oportunidad al hacerse un análisis de las sentencias de constitucionalidad y unificación proferidas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el despacho cambiará la posición jurídica que venía adoptando, con el fin de dar cumplimiento al precedente constitucional, tal y como se explicó en precedencia.

11. DE LA SANCIÓN MORATORIA

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

---

[13] 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.

[14] 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)

> ***"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.*
>
> *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.[15]

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

---

[15] *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)*

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 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.

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.

12. CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta lo anterior, procede el despacho a determinar si en el caso sub-júdice a la accionante se le reconoció y pagó su cesantía en el término estipulado en la ley.

Ante la demora de la administración para emitir un pronunciamiento sobre el reconocimiento de las cesantías, la indemnización moratoria generada de un (1) día de salario por cada día de retardo en el pago de la prestación, se comenzará a contar a partir del día siguiente al que venció el término legal 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 corresponden a la ejecutoria de la resolución de reconocimiento, más los cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, tiempo dentro del cual debió efectuarse el pago.

Se tiene que el día **22 de julio del 2016**[16], la señora Norma **Constanza Ortegón Guzmán** elevó la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales, siendo reconocida la prestación el día **30 de septiembre del 2016**, mediante la Resolución No. **5541[17],** las cuales fueron pagadas el **28 de noviembre del 2016[18].**

En vista de lo anterior, la entidad contaba únicamente con quince (15) días hábiles para expedir la resolución que reconociera las cesantías parciales del demandante, los cuales vencieron el **12 de agosto del 2016** existiendo desidia de la accionada para proferir el acto administrativo dentro del tiempo previsto en la ley, habiéndolo hecho aproximadamente **2 meses después** de radicada la solicitud.

Para el caso en estudio se cuentan así:

Solicitud cesantías parciales	22 de julio del 2016
Término para expedir la resolución (15 días hábiles)	Desde el 25 de julio del 2016 hasta el 12 de agosto del 2016
Término ejecutoria de la resolución (10 días hábiles. Art. 76 del CPACA)	Desde el 16 de agosto del 2016 hasta el 29 de agosto del 2016
Término para efectuar el pago. (45 días hábiles).	Desde el 30 de agosto del 2016 hasta el 31 de octubre del 2016
Fecha acto administrativo. Res No 5541	30 de septiembre del 2016
Fecha de pago	28 de noviembre del 2016
Tiempo de mora: 27 días.	Desde el 1 de noviembre del 2016 hasta el 27 de noviembre del 2016.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que la entidad demandada Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio incurrió en la conducta que da lugar a la aplicación de la sanción prevista en la ley, puesto que desde el **1 de noviembre del 2016**, día siguiente al vencimiento del plazo de ley para proceder al pago de la cesantía solicitada y hasta el **27 de noviembre del 2016** día anterior al pago, contravinieron la obligación prevista en el ordenamiento jurídico, lo cual equivale a una mora de **27** días.

En consecuencia lo adeudado se liquidará así:

Asignación básica año 2016: $3.120.336
Salario diario 2016: $104.011,20
Días de mora: 27
Sanción moratoria: $104.011 x 27 = $**2.808.297**

Por lo anterior se concluye que se adeuda a la accionante por concepto de sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías el equivalente a **27** días de salario, es decir $**2.808.297** de conformidad con lo antes expuesto.

[16] Según se desprende de la Resolución 5541 del 30 de septiembre del 2016 (fl 20 - 21)
[17] Ibídem
[18] Folio 22

14. PRESCRIPCIÓN

Sobre la prescripción el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 estableció:

> *"ARTICULO 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual".*

En el caso bajo estudio, se observó que a la demandante se le pagó la cesantía solicitada el **28 de noviembre del 2016** y que presentó la solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las misma, el **17 de octubre del 2017**, dentro del término legal concedido para ello, sin que hubiesen transcurridos más de 3 años entre el momento que la obligación se hizo exigible y la solicitud que interrumpió la prescripción.

15. INDEXACIÓN

En cuanto a la indexación solicitada por el apoderado de la parte actora la misma será negada en los términos expuestos por el Consejo de Estado en los que señala 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, ya referida 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".*

16. **RECAPITULACIÓN**

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que a la señora **Norma Constanza Ortegón Guzmán,** en calidad de docente adscrita a la Secretaria de Educación Departamental del Tolima, se le reconoció y pagó en forma tardía la cesantía solicitada, este despacho resolverá favorablemente las pretensiones de la demanda, reconociéndole el pago de un (1) día de salario por cada día de retardo entre el reconocimiento y el pago del auxilio pedido, negando la indexación de las mismas.

17. 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 C.G.P 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.

En el presente caso se observa que las pretensiones de la demanda fueron despachadas favorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la entidad demandada en la suma de doscientos mil ($200.000) pesos

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Departamento del Tolima.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo oficio No **SAC 2017 RE 12551** de fecha **8 de noviembre del 2017** proferido por el Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a la docente **Norma Constanza Ortegón Guzmán.**

TERCERO: CONDENAR al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a título de restablecimiento del derecho a pagar a la señora **Norma Constanza Ortegón Guzmán** identificada con la cedula de ciudadanía No 65.744.474, un día de salario por cada día de retardo en el pago de la cesantía parcial solicitada, contados desde el **1 de noviembre del 2016** hasta el **27 de noviembre del 2016**, es decir 27 días, lo que equivale a $**2.808.297** pesos

CUARTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A

QUINTO: CONDENAR en costas al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C.G.P, para lo cual se fija la suma de **doscientos mil ($200.000) pesos** como agencias en derecho.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

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: Liquídense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

DÉCIMO: por secretaría efectúense las anotaciones en el sistema siglo XXI y una vez en firme, archívese el expediente

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS MANUEL GUZMÁN
Juez
(ORIGINAL FIRMADO)