



Ibagué, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Radicación Nª.:	73001-33-33-010-2019-00172-01
Nº Interno:	422-2021
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	EUTIMIO SANCHEZ GUZMAN
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG.
Tema:	Cesantías y sanción moratoria docente.

I- ASUNTO A DECIDIR

De conformidad con lo establecido en los artículos 153 y 243 del C.P.A.C.A., procede esta Sala Oral a resolver el recurso de apelación interpuesto por el vocero judicial del extremo pasivo contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué el día 15 de abril de 2021, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II- ANTECEDENTES

1.- Pretensiones¹

DECLARACIONES

1. Que se declare la existencia y nulidad del acto ficto presunto, configurado por la no respuesta al derecho de petición del 02 de agosto de 2018, por el cual la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Tolima – Secretaría de Educación, resuelven desfavorablemente la solicitud de pago de las cesantías que le fueron reconocidas a mi mandante mediante Resolución Nro 0582 de 19 de febrero de 2016 y de la sanción mora por el no pago de las mismas

2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar a Eutimio Sánchez Guzmán, las siguientes sumas de dinero:

a- La suma de quince millones (\$15.000.000) de pesos por concepto de cesantías parciales reconocidas mediante resolución No 0582 de 19 de febrero de 2018.

b- La suma que resulte por concepto de sanción moratoria por el no pago de las cesantías reconocidas en la Resolución No 0582 de 19 de febrero de 2016 y por la mora desde el 29 de septiembre hasta cuando se haga efectivo el pago sobre salario mensual de \$2.866.699 y un salario diario de \$96.5557.

3. Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional

¹ Ver Expte Juzgado- Archivo No 2- fls 1-2

de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento del Tolima – Secretaría de Educación, que reconozca y pague los reajustes de ley, así como el ajuste al valor o indexación laboral por la depreciación de la moneda.

4. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento del Tolima- Secretaría de Educación, que reconozca y pague los intereses comerciales y moratorios sobre las sumas que resulten adeudadas, a que haya lugar.

5. Condenar a la parte demandada al pago de las agencias en derecho y las costas procesales”.

2.- Fundamentos fácticos²

Como fundamento de sus pretensiones, la apoderada de la parte accionante expuso los hechos que son susceptibles de sintetizarse, así:

- Mediante petición radicada el 16 de junio de 2015, el accionante solicitó a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el reconocimiento y pago de las cesantías con destino a reparación de vivienda.
- Mediante la Resolución No. 0582 de 19 de febrero de 2016 fue reconocida la prestación, cuyo auxilio no había sido cancelado, ni en materia de capital, ni de intereses moratorios.
- Por conducto de su apoderado judicial la parte actora radicó petición ante la entidad accionada el pasado 02 de agosto de 2018, solicitando el pago de las cesantías que habían sido reconocidas a través de la resolución No 0582 de 19 de febrero de 2018 y de la correspondiente sanción moratoria.

3.- Contestación de la demanda

3. 1. La Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La entidad accionada no contestó la demanda³.

4.- La sentencia apelada⁴

Lo es la proferida el pasado 15 de abril de 2021 por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Ibagué, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda, ordenando reconocer y pagar el valor de \$15.000.00 por concepto de cesantías y la correspondiente sanción mora por pago tardío.

Expresó que, de acuerdo al material probatorio obrante en el proceso, se observaba el inmenso transcurrir del tiempo, desde 19 de febrero de 2016, sin que la accionada diera cumplimiento con la obligación de pagar las cesantías del accionante, teniendo total y pleno conocimiento de la existencia del acto administrativo que las reconocía, razón por la cual, ordenó a la Fiduprevisora cancelar a favor del demandante la suma de \$15.000.000 por concepto de cesantías parciales conforme a lo establecido en Resolución No 0582 de 19 de febrero de 2016 .

Indicó que la entidad accionada contaba con 15 días para expedir la Resolución de reconocimiento de cesantías parciales, los cuales vencieron el 08 de julio de 2015, existiendo desidia por parte de la administración para proferir dicho acto administrativo de reconocimiento dentro del término legal, pues lo profirió 8 meses después de

² Expedite Juzgado- archivo No 2- FI 2

³ Expte Juzgado archivo 12

⁴ Expte Juzgado archivo 28

radicada la solicitud, surgiendo por ende el derecho a recibir el reconocimiento de la sanción mora.

Luego de hacer el conteo de términos, indicó que la entidad demandada incurrió en la conducta que da lugar a la sanción moratoria, puesto que desde el 29 de septiembre de 2015, día siguiente al vencimiento de ley para proceder al pago de las cesantías solicitadas y hasta el 15 de abril de 2021, fecha en la cual se profirió dicha sentencia, aun no se había pagado la cesantías reconocidas, en orden a lo anterior, ordenó el reconocimiento y pago de la sanción mora desde el 29 de septiembre de 2015 hasta la fecha de expedición de la sentencia.

5.- El recurso de apelación⁵

Oportunamente el apoderado judicial de la entidad accionada solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, al indicar que la razón por la cual la Fiduprevisora en calidad de administradora de los recursos del FOMAG no ha pagado la cesantía reconocida mediante Resolución 582 de 19 de febrero de 2016, se debe a que la Secretaría de Educación del Tolima, cuando radicó los documentos para el trámite del pago, la misma fue devuelta mediante oficio del 14 de septiembre de septiembre de 2016 por presentar inconsistencias, ya que el señor Guzmán tenía aprobada cesantía parcial por reparación según radicado 2013-CES-026553 de 22 de julio de 2013 para que el ente territorial se pronunciara sobre este trámite, dado que no podía tener dos prestaciones al mismo tiempo sin haber cumplido el tiempo de periodicidad.

III- TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 18 de agosto de 2021 se admitió el recurso interpuesto por el apoderado de la entidad accionada, sin que ninguno de los sujetos procesales se hubiese manifestado sobre el mismo, y como quiera que no se requirió la práctica de pruebas, se omitió correr traslado a las partes en los términos señalados en el numeral 5 del Artículo 247 del C.P.A.C.A.

IV- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Sobre la competencia

Es competente esta colegiatura para desatar la impugnación contra la sentencia de primer grado, según voces de los arts. 153 y 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al definir en su orden que corresponde a los Tribunales Administrativos en segunda instancia conocer de las apelaciones contra las sentencias de primera instancia dictadas por los jueces administrativos.

2. Problema Jurídico.

En términos de la apelación, el problema jurídico se concreta en determinar, si el reconocimiento de las cesantías parciales del demandante y de la sanción mora ordenada por el *a quo* se ajustó a derecho, o si, por el contrario, tal como lo afirma la recurrente, el mismo no era procedente, por cuanto no se había respetado el termino o periodicidad para ordenar un nuevo reconocimiento de las cesantías.

3. Marco legal y Jurisprudencial:

La Ley 91 de 1989, "*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*", reguló lo concerniente a las prestaciones sociales tanto de los docentes nacionalizados como de los docentes nacionales. En tal sentido en su artículo 1°, distingue a los docentes nacionales de los nacionalizados, señalando que los primeros son los que se vinculan por nombramiento del Gobierno Nacional, y los segundos, son los que se vinculan por nombramiento de la entidad territorial antes del

⁵ Ver Expte Juzgado -archivo 31

1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 43 de 1975⁶.

Por su parte, el numeral 1° del artículo 15 establece, que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990, se regirá de la siguiente manera:

- Los docentes nacionalizados o territoriales que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.
- Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para los mismos efectos, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en esta ley.

Puntualmente, frente a lo relacionado con las cesantías de los docentes de carácter nacional y vinculado a partir del 1 de enero de 1990, el numeral 3° *ibídem*, dispuso:

“3.- Cesantías:

Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.”

Sobre el particular el Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 25 de marzo de 2010, dictada dentro del proceso con radicación No. 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09), Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, señaló:

*“De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3° de este mismo artículo señala, que a partir de su vigencia, para docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, dicho Fondo pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado sobre el último salario devengado si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario, sobre el salario promedio del último año. **Y para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1° de enero de 1990, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad,** equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial de captación del sistema financiero durante el mismo período.*

Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

⁶ Ley 43 del 11 de diciembre de 1975 "Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones". Artículo 10°.- "En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional".

Se deduce entonces, que la Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como de docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.

Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses". (Negrilla y Subrayado de la Sala).

No obstante lo anterior, y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Ley 91 de 1989 no reguló el derecho de los docentes al reconocimiento y pago de esta prestación, y en esa perspectiva la sanción por mora en el pago de las cesantías es una figura creada por la Ley 244 de 1995, cuyo objetivo es proteger el pago oportuno de las cesantías, pues a través del establecimiento de una sanción pecuniaria para las entidades públicas por la demora en el pago de esta prestación, se buscaba que estas expidieran la resolución de reconocimiento y pago en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores.⁷

En este sentido, la Ley 244 de 1995 se ocupó de determinar los destinatarios de la sanción, fijar los términos para la liquidación; reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos de los órganos y entidades del Estado; y establecer el término para que opera la respectiva sanción y su valor.⁸

Así, respecto al procedimiento y los términos para el reconocimiento y pago de las cesantías, la norma indica que la administración tiene 45 días para pagar la prestación solicitada. El término comienza a correr una vez han transcurrido 15 días desde la fecha de radicación de la petición, periodo en el que la administración debe emitir un pronunciamiento de fondo en el que reconozca o niegue el pago del auxilio de cesantía. A esos 60 días se suman 5 días más correspondientes al término de ejecutoria del acto de reconocimiento y liquidación, cuyo trámite debe agotarse en 65 días hábiles, y a partir del día 66, se reconocerá y pagará al beneficiario un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las cesantías.

De otra parte, la Ley 1071 de 2006 modificó la Ley 244 de 1995, y precisó su ámbito de aplicación, pues mientras en la Ley 244 de 1995 establecía que los destinatarios de la norma eran los servidores públicos de todos los órdenes, en la nueva disposición se dijo que lo eran los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, y agregó que para los mismos efectos, se aplicará a los miembros de la Fuerza Pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma transitoria o permanente, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional del Ahorro.

Igualmente, extendió los efectos de la sanción a la demora en el trámite del retiro parcial de las cesantías, pues la Ley 244 de 1995 solo se refería a las cesantías definitivas, y mantuvo los mismos términos para el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de cesantía, así como el valor de la sanción moratoria por retardo en su pago.

Debe advertirse igualmente que con la expedición del Decreto 1272 de 2018 expedido por el Ministerio de Educación Nacional, se reglamentó el reconocimiento y pago de

⁷ Consejo de Estado, Sentencia del 27 de marzo de 2007, Rad. 2000-02513-01 (IJ) C.P. Jesús María Lemus Bustamante.

⁸ Artículo 1° Ley 244 de 1995.

las prestaciones económicas de los docentes con el propósito de agilizar esos trámites y cumplir los acuerdos suscritos con FECODE el 16 de junio de 2017.

El referido decreto definió el procedimiento, los plazos y responsabilidades de los actores que intervienen en el reconocimiento de las prestaciones, esto es, las entidades territoriales certificadas en educación y la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del FOMAG, señalando que las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas a cargo de dicho Fondo deben ser resueltas sin exceder 15 días hábiles contados desde la radicación completa de la solicitud por parte del peticionario.⁹

Con respecto al pago de las cesantías, indicó que dentro de los 45 días hábiles siguientes a la notificación y ejecutoria del acto administrativo que reconoce las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la sociedad fiduciaria debe efectuar los pagos correspondientes.¹⁰

Huelga recordar que en relación con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías a los docentes, el Consejo de Estado profirió múltiples decisiones contradictorias, pues de un lado sostuvo que los docentes no son destinatarios de la norma que consagra la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, señalando que el legislador no señaló expresamente que los mismos fueran beneficiarios de esta disposición, y que los docentes están cobijados por un régimen especial que no consagró la sanción moratoria por pago tardío de cesantías a su favor.

En otras providencias, nuestro órgano de cierre reconoció que la sanción por mora en el pago de las cesantías sí procede para miembros del magisterio, pues señaló que existía abundante jurisprudencia que soporta la tesis de la compatibilidad de la aplicación de la Ley 1071 de 2006 con el régimen de cesantías de los docentes, por cuanto se trata de una normativa que cobija a todos los empleados y trabajadores del Estado.¹¹

En reciente jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías¹², se estudió una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por un docente contra la Nación- Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Tolima, y en el citado fallo sentó jurisprudencia para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

- a) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.
- b) 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 cuando corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley¹³ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

⁹ Artículo 2.4.4.2.3.2.22.

¹⁰ Artículo 2.4.4.2.3.2.27.

¹¹ Ver, entre otras sentencias del 8 de abril de 2008, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. No. 7300123310002004165501,

¹² Sentencia de Unificación por importancia jurídica Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018, SUJ-012-S2, del 18 de julio de 2018, rad. No. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (Número Interno: 4961-2015)

¹³ Artículo 69 CPACA.

- c) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

Al identificar la precitada sentencia dos posiciones jurisprudenciales sobre el asunto, la Sección Segunda del Consejo de Estado unificó jurisprudencia respecto de los siguientes temas: *i*) La naturaleza del empleo del docente y la aplicación de la ley 244 de 1995 modificada por la ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial, *ii*) la exigibilidad de la sanción moratoria, *iii*) el salario base de liquidación de la sanción moratoria, y *iv*) La incompatibilidad de la sanción moratoria con la indexación.

Por su parte, la Corte Constitucional ha emitido varias sentencias en las que se ha pronunciado sobre el régimen de prestaciones sociales de los miembros del Magisterio; sin embargo, solo hasta la sentencia C-486 de 2016, abordó la sanción moratoria por retardo en el pago de las cesantías a los docentes. Como antecedentes jurisprudenciales recordó que en la sentencia C-448/1996, la Corte se pronunció sobre una demanda contra el parágrafo primero del artículo 3º de la ley 244 de 1995. Posteriormente, en la Sentencia C-928 de 2006 la Corte se ocupó de analizar la sanción moratoria por retardo en el pago de las cesantías, explicando en aquella oportunidad que los docentes están amparados por un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada por la Ley 812 de 2003. Luego, a través de la sentencia C-486 de 2016 la Corte examinó el artículo 89 de la Ley 1769 de 2015, en cuya decisión se dijo que de acuerdo a la legislación y la jurisprudencia, los docentes oficiales han sido considerados como servidores públicos con características especiales, y 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 establece el término máximo de 15 días para proferir resolución de la solicitud, y 45 días hábiles para el pago efectivo de las mismas.

Igualmente, mediante Sentencia de Unificación del 18 de mayo de 2017, C.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo, concluyó que la Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006 le es aplicable a los docentes oficiales por considerarlos como empleados públicos, así en cuanto al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías concluyó:

“(…) 7. El régimen legal y jurisprudencial sobre el reconocimiento de la sanción moratoria en el pago de las cesantías de los docentes oficiales.

(…)

9. Conclusiones

(…)

9.2. La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación sociales, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989¹⁴.

(iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es

¹⁴ Sentencias C-741 de 2012 y C-486 de 2016.

decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.

(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.

(vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución.

(vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa. (Sentencia C-741 de 2012).

(...)"

Finalmente, en Sentencia de Unificación No. 322 de 25 de julio de 2019, la Sala Plena de la H. Corte Constitucional revisó en sede de tutela varios fallos proferidos por los jueces y algunas salas de decisión de este Tribunal, amparando el derecho de los docentes accionantes al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías, concluyendo así, que en los casos objeto de estudio se verificó que existía una postura interpretativa más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales, esto es, aquella que reconoce que este grupo de trabajadores del Estado tiene derecho a la sanción por mora en el pago del auxilio de cesantía, indicando que, si bien es cierto los jueces no se apartaron de la jurisprudencia desarrollada por el Consejo de Estado hasta ese momento, al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, aplicaron empero la interpretación más restrictiva para los derechos de los docentes, razón por la cual concluyó que se violaron sus derechos fundamentales.

Y si bien aclaró que al resolver el asunto objeto de las varias acciones de tutela interpuestas, la Corte no pretendió asignarles la categoría de derecho fundamental al reconocimiento de la sanción por mora debido al pago tardío de cesantías, ni tampoco elevar a rango constitucional las posturas interpretativas que existen respecto de dicha cuestión, lo que buscaba la Corte era mostrar que los jueces accionados no aplicaron en los casos concretos la interpretación más favorable del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006 que modificó el artículo 2º de la Ley 244 de 1995.

De los antecedentes jurisprudenciales que *grosso modo* se han dejado expuestos, se extrae con claridad que la interpretación más favorable que existe en torno al tema debatido es aquella en virtud de la cual es viable aplicar la sanción por mora prevista en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 para aquellos eventos en que el FOMAG se retarde en el pago de las cesantías parciales o definitivas de los docentes, sin que ello implique el desconocimiento o afectación de regímenes especiales en materia laboral, como el general de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, o el especial consagrado en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como en los decretos 2831 de 2005 y 1272 del 23 de julio de 2018.

En suma, se concluye, que si bien es cierto que el artículo 2º de la Ley 1071 de 2006, no se refirió de manera expresa a los docentes oficiales, ello, según el criterio de unificación adoptado por el Consejo de Estado, no es óbice para que no se extienda la aplicación de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 a dichos servidores públicos en relación con la mora en el pago de las cesantías, razón por la cual debe acatarse y

aplicarse la tesis de las altas cortes sobre la procedencia de la sanción mora para los docentes oficiales por el no pago oportuno de las cesantías, sean parciales o definitivas, y pertenezcan o no los docentes a los regímenes de liquidación anual o con régimen de cesantías retroactivas.

4. Caso concreto:

4.1. De lo probado en el proceso:

En el *sub examine*, se tiene acreditados lo siguiente:

- Que mediante reclamación radicada el **16 de junio de 2015**, el señor Eutimio Sánchez Guzmán, solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales para reparación de vivienda, tal como se advierte en el acto de reconocimiento de las cesantías¹⁵.
- A través de la Resolución **Nº 0582 de 19 de febrero de 2016**, la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Tolima, en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial al señor EUTIMIO SANCHEZ GUZMAN, por valor \$15.000.000.¹⁶
- Certificación expedida por la Fiduprevisora, donde se indica, que a 26 de febrero de 2020, el pago de las cesantías solicitadas por el aquí demandante no se había efectuado¹⁷.
- A través de derecho de petición radicado el **02 de agosto de 2018**, la parte accionante, solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales reconocidas mediante Resolución No 0582 de 2016 y el correspondiente pago de sanción moratoria contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 correspondiente a un día de salario por cada día de retraso contados desde los 70 días después haberse radicado la solicitud de la cesantía, petición esta que a la fecha de la prestación de la demanda no había sido resuelta¹⁸.
- Expediente administrativo relacionado con las cesantías del docente.¹⁹

Precisado lo anterior, corresponde a este Colectivo determinar si fue acertada la decisión del Juez de instancia, al ordenar el pago de las cesantías parciales a favor del demandante y el consecuente pago de la sanción mora estipulada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Tal como se indicó en precedencia, mediante Resolución No 0582 de 19 de febrero de 2016, la Secretaría de Educación y de Cultura del Departamento del Tolima, ordenó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales del señor Eutimio Sánchez Guzmán, por valor de \$15.000.000, sin que las mismas se hubiesen cancelado, tal como consta en la certificación expedida por la Fiduprevisora.

Ahora bien, se advierte que el apoderado judicial de la parte accionada, expresó en el recurso de alzada, que la Fiduprevisora no había ordenado el pago de las cesantías parciales del demandante, reconocidas mediante la precitada resolución, en razón a que cuando la Secretaría de Educación del Tolima radicó ante la Fiduprevisora los documentos para el trámite del pago, la misma había sido devuelta mediante oficio 20160171020651 de 14 de septiembre de 2016 por presentar inconsistencias, ya que el señor Eutimio Sánchez Guzmán, tenía aprobada cesantía parcial por reparación, según radicado 2013-CES-026553 del 2013-07-22; dicha devolución, con el fin de que el ente territorial se pronunciara sobre el trámite, ya que el accionante no podía tener

¹⁵ Ver Expte Juzgado- Archivo 4- Fls 5-6

¹⁶ Ver Expte Juzgado- Archivo 4- Fls 5-6

¹⁷ Ver C.Pbas Oficio

¹⁸ Ver Expte Juzgado- archivo 4- fls 1-5

¹⁹ Ver Expete Tribunal- archivo 15

dos prestaciones al mismo tiempo sin haber cumplido el término de periodicidad.

Revisadas los documentos allegados con el escrito de apelación y que sirvieron de sustento del mismo, se advierte que obra el oficio No 404 de 14 de septiembre de 2016, Rad 20160171020651, expedido por la Fiduprevisora y dirigido a la Secretaría de Educación del Tolima, en donde se indica que remiten a dicha entidad tramite de pago de varios actos administrativos de reconocimiento de prestaciones de docentes que presentan algunas inconsistencias, en relación con el aquí accionante, se advierte que nada se dijo respecto de lo expuesto en la apelación, sin embargo, se anotó la siguiente irregularidad: ***“Deben oficiar al Juzgado si la medida de embargo se encuentra vigente para las prestaciones, expedir Resolución aclaratoria y notificar al docente, deben revocar Resolución que reconoció la prestación”.***

Conforme a lo anterior, y con el ánimo de esclarecer los motivos por los cuales la entidad accionada no había cancelado al aquí demandante las cesantías parciales reconocidas por la Resolución 0582 de 19 de febrero de 2016, esta Sala, decidió mediante auto del pasado 02 de diciembre de 2021, oficiar al FOMAG y la Secretaría de Educación Departamental, para que allegara a la presente actuación las siguientes pruebas documentales: ***i)*** copia del trámite y de las respuestas dadas al requerimiento efectuado por la Fiduprevisora mediante Oficio 404, con Rad. 20160171020651 de 14 de septiembre de 2016, en donde se hicieron las siguientes anotaciones: ***“Deben oficiar al Juzgado si la medida de embargo se encuentra vigente para las prestaciones; ii)*** Indicar si previo al reconocimiento de las Cesantías parciales ordenadas mediante Resolución No 0582 de 19 de febrero de 2016, a favor del demandante, ya se habían realizado otros reconocimientos de cesantías parciales, y, en caso afirmativo, remitir los actos administrativos que las reconocieron y ordenaron el pago, allegando copia de los mismos; ***iii)*** allegar el oficio remitido por el Juzgado que ordenó la medida de embargo sobre las cesantías del docente, y copia de la (s) respuesta (s) emitida (s) por este en relación a la vigencia de dicha medida cautelar.

Mediante Oficio radicado el 09 de febrero del corriente año al correo electrónico institucional, el FOMAG, informó que dicho requerimiento había sido remitido al correo electrónico de la Secretaría de Educación del Tolima, para que diera repuesta del mismo, en razón a que dicho Fondo no cuenta con dicha información laboral.

De acuerdo a lo anterior, y mediante oficio de 15 de febrero de 2022, las Secretaría de Educación Departamental, al dar respuesta a las pruebas solicitadas, se limitó simplemente a allegar el expediente administrativo del demandante relacionado con las cesantías reconocidas durante su vida laboral, sin que si diera respuesta clara y precisa a las demás solicitudes.

En efecto revisado el expediente administrativo relacionado con las cesantías del señor Sánchez Guzmán, se observa que, previo al reconocimiento de las cesantías objeto de análisis en el presente medio de control, el FOMAG, a través de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, mediante Resolución No 0401 de 03 de febrero de 2014, ordenó el reconocimiento y pago de unas cesantías parciales con destino a reparación de vivienda a favor del aquí demandante, por valor de \$12.014.165.²⁰.

Ahora bien, corresponde a este Colectivo determinar si, tal como lo afirma el recurrente, las cesantías reconocidas al demandante, fueron indebidamente reconocidas y por ende sobre las mismas no se realizó el pago, en razón a que no se respetó la periodicidad o intervalo que debe tenerse en cuenta entre uno y otro reconocimiento de cesantías.

Sobre el particular, el Acuerdo No 34 de 1998, proferido por Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ***“por el cual se modifican los acuerdos del 11 de enero de 1995 y número 1 del 26 de junio de 1996 sobre el trámite de cesantías parciales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”***, en su artículo 5 dispuso:

²⁰ Ver Expte Tribunal – Archivo 15- fls 47-48

“ARTICULO 5: PERIODICIDAD: No podrán radicarse solicitudes de trámite ordinario, sino después de tres años contados a partir de la fecha de pago anterior.

(...)”.

Se advierte igualmente que, mediante providencia del 31 de octubre de 2019, la Sección Segunda - Subsección B del Consejo de Estado, en el proceso Rad 11001-03-25-000-2016-00992-00(4473-16) declaró la nulidad del inciso primero del citado artículo 5o del Acuerdo 34 de 1998; sin embargo, mediante auto del 25 de enero de 2021, la misma Corporación suspendió los efectos de la sentencia arriba citada, a través de la cual se había suprimido la periodicidad de tres (3) años para la solicitud de cesantías parciales de los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Consejo de Estado señaló expresamente en el precitado Auto, lo siguiente:

“...Suspende los efectos de la sentencia proferida por esta Subsección el 31 de octubre de 2019, dentro del radicado de la referencia, hasta tanto se decida, en el marco del incidente, sobre la modulación o modificación de sus efectos, de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 9 de la Ley 1695 de 2013...”

En este orden de ideas, se colige entonces, que los docentes que pretendan reclamar el reconocimiento de cesantías parciales, deberán esperar entre una y otra solicitud de reconocimiento de dicho auxilio, un interregno de 3 años contados a partir de la fecha del pago anterior, periodicidad esta, que perdió exigibilidad, desde de la ejecutoria de la sentencia de 31 de octubre de 2019 que declaró la nulidad de la norma que ordenó dicho condicionamiento temporal, hasta el auto de 25 de enero de 2021, a través del cual la Alta Corporación, decidió suspender los efectos de la citada declaratoria de nulidad; en tal sentido y como quiera que la solicitud de reconocimiento de las cesantías objeto de análisis se realizó el 16 de junio de 2016, es decir, antes de la aludida declaratoria de nulidad, las mismas se encuentran sujetas a la periodicidad establecida en el artículo 5 del Acuerdo 34 de 1998.

En efecto tal y como se indicó en párrafos precedentes, con anterioridad al reconocimiento de las cesantías objeto de debate, la entidad accionada, a través de la **Resolución No 0401 de 03 febrero de 2014** había ordenado el reconocimiento de otras cesantías parciales a favor del demandante, y si bien no se allegó al plenario constancia de la fecha en que las fueron canceladas las mismas para efectos de contabilización del término trienal, la simple contabilización a partir de la resolución que las reconoció, esto es, el 03 de febrero de 2014 haría concluir indefectiblemente que el actor no cumplió con la periodicidad exigida en el citado acuerdo, pues la solicitud del reconocimiento de las cesantía objeto de discusión se realizó el 16 de junio de 2015, no cumpliendo por ende con el condicionamiento trienal establecido en la precitada norma.

En orden a lo anterior, son de recibo para este Colectivo, los argumentos expuestos en la Alzada, pues si bien la accionada, erró en la expedición de la Resolución No 0582 de 19 de febrero de 2016, al ordenar el reconocimiento y pago de las cesantías que aquí se reclaman, lo cierto es, que esta Sala, mal podría acceder a las pretensiones de la demanda, avalando de esta forma un acto abiertamente contrario a derecho; en tal razón, la negativa en la pago de las multicitadas cesantías resulta ajustada al ordenamiento jurídico, pese al yerro del acto que ordenó su reconocimiento, de donde se concluye, que el accionante, evidentemente no tenía derecho al reconocimiento de las cesantías en cuestión y mucho menos de la sanción mora por su no pago oportuno, pues, se itera, omitió con el cumplimiento temporal estipulado en la norma.

En este orden de ideas, resulta evidente para esta Corporación que la decisión tomada por A quo deberá ser REVOCADA en su totalidad.

5. Costas del proceso.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la

condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código General del Proceso.

A su turno, el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P., fija las reglas que deben sujetarse para la condena en costas, señalando que en los eventos en los que la sentencia de segunda instancia proferida por el superior jerárquico o funcional revoque totalmente la del inferior, la parte que resulte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

Así las cosas, se condenará en costas en ambas instancias a la parte demandante siempre y cuando se hubieren causado y en la medida de su comprobación, evento en el cual se ordena incluir en la liquidación el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho, de conformidad con el Acuerdo N°. PSAA16-10554 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, cuya liquidación deberá verificarse por la Secretaría del Juzgado de origen, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, Sala Oral de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA

REVOCASE en su integridad la sentencia impugnada proferida el 15 de abril de 2021 por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Ibagué. En su lugar se dispone:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la presente demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovida por el señor Eutimio Sánchez Guzmán en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, conforme lo dispone el artículo 188 del C.P.A.C.A. incluyéndose en la liquidación el equivalente señalado en la parte motiva de este fallo por concepto de agencias en derecho.

Por secretaría liquídense.

TERCERO. En firme esta providencia, archívese el expediente previas constancias de rigor y anotaciones en el Sistema Informático Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ANGEL IGNACIO ALVAREZ SILVA


BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS


JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO

Firmado Por:

Jose Aleth Ruiz Castro
Magistrado
Oral 006
Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **79e6cfcd125b4f3655add10c0d65841f738aaf41cc5f81e888387b8347e57e86**

Documento generado en 22/03/2022 09:12:06 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>