

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA Sala de Oralidad M.P. Luis Eduardo Collazos Olaya

Ibagué, doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 73001-33-33-008-2020-00137-01
Demandante: Margarita Miranda Gallego
Apoderado: Cesar Ernesto Morales Rodríguez
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – FNPSM
Apoderado: Sin apoderado
Demandado: Fiduprevisora S.A.
Apoderado: Sin apoderado
Demandado: Departamento del Tolima – Secretaría de Educación
Apoderado: Alina Beatriz Caicedo Parra
Demandado: Municipio de Honda
Apoderado: Wilyan Jair Galárraga Guzmán
Tema: Reconocimiento de cesantías

ASUNTO

Decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 26 de febrero de 2021 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

La señora Margarita Miranda Gallego ¹, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Fiduprevisora S.A., el Departamento del Tolima y el Municipio de Honda, para que se acojan las declaraciones y condenas que en los apartados siguientes se precisan.

1.1.1. Pretensiones

“PRIMERA: Que se declare LA NULIDAD DE LOS ACTOS FICTOS O PRESUNTOS que motivo el SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO FRENTE A LA TOTALIDAD DE ENTIDADES ACCIONADAS.

- Por parte Departamento del Tolima el oficio SAC2018RE7237 de fecha 15 DE agosto de 2018 el cual remite por competencia FIDUPREVISORA.
- Por parte FIDUPREVISORA el oficio 2018171324861 de fecha 23 y 28 de agosto de 2018 notificado el 29 de agosto. Y los oficios 2018171497531-2018171499841 – 2018171498171 - 2018171498371; de fecha 17 de

¹ A través de apoderado judicial.

SEPTIEMBRE de 2018 notificados el 19 de septiembre de 2018.

- Por parte del Municipio de Honda el oficio 00004469 de fecha 29 de agosto de 2018 el cual fue contestado a la apoderada, y notificado el 5 de septiembre de 2018.
- A LA FECHA DE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA EL MINISTERIO DE EDUCACION Y EL FPSM. HAN GUARDADO SILENCIO por ende estamos frente a un silencio administrativo NEGATIVO.

SEGUNDA: Que a consecuencia de los anterior se ordene a NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a incluir a mis poderdantes MARGARITA MIRANDA GALLEGO (...) Como afiliadas vinculadas y con derecho al pago de Cesantías e intereses de cesantías desde el 22 de enero de 1996 al 30 de agosto de 1998. Es decir desde su nombramiento acorde al Decreto 015 del 18 de enero de 1996 proferido por la Alcaldía de Honda Tolima y las actas de posesión de fecha 22 de enero de 1996. Como fecha de inicio hasta agosto de 1998, ya que todas ellas aparecen afiliadas desde septiembre de 1998.

(...)

TERCERO: Condenar a NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FIDUCIA DE INVERSION COLOMBIANA “FIDUPREVISORA SA” - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA – MUNICIPIO DE HONDA Tolima al reconocimiento de manera solidaria o de acuerdo a lo dispuesto por el despacho hasta cuando se hizo responsable cada entidad accionada y en consecuencia el pago de perjuicios, representados el reconocimiento y pago de CESANTÍAS, intereses de cesantías del periodo comprendido entre el 31 de marzo de 2015 (...) para MARGARITA MIRANDA GALLEGO (...) se deberá ordenar su afiliación desde el 17 de septiembre de 1996 al 30 de agosto de 1998, con las debidas indexaciones, intereses legales, y el RECONOCIMIENTO DE LA SANCIÓN MORATORIA acorde a lo preceptuado en la ley 1075 de 2005 art. 5. Por parte de LAS ENTIDADES DEMANDADAS A FAVOR DE MIS PODERDANTES.

(...)

CUARTO: Que teniendo en cuenta la anterior CONDENA a título de reparación PERJUICIOS MATERIALES EL PAGO DE LAS CESANTÍAS Y DE LA SANCIÓN MORATORIA reconocida de la siguiente manera:

En atención al reconocimiento se proceda al pago de las cesantías, indexada a la fecha de pago del periodo comprendido entre el 22 de enero de 1996 al 30 de agosto de 1998, Igualmente, que le sean reconocidas las prestaciones económicas dejadas de pagar por dicha situación, en lo referente al pago de la sanción moratoria por la mora en la cancelación de la misma.

1. Para MARGARITA MIRANDA GALLEGO con CC.38'285.102. la suma de:

- Por concepto de Cesantías indexadas CUATRO MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$4.967.969,00)

TITULAR DEL DERECHO	AÑO CAUSADO	VALOR INICIAL	VALOR INDEXADO
MARGARITA MIRANDA GALLEDO	1996	\$397.463.00	\$1'839.835.00
	1997	\$482.918.00	\$1'837.120.00

	1998(01-08)	\$399.212.00	\$1'291.014.00
TOTAL CESANTIAS INDEXADAS			\$4'967.969.00

*Como una de las pretensiones título de Restablecimiento del Derecho es el reconocimiento de la SANCIÓN MORATORIA LEY 1071 DE 2006 Art. 5 pero la misma no se calcula para ser tenida en cuenta para la competencia.
(...)*

QUINTO: Se condene a las ACCIONADAS A PAGAR los perjuicios que se demuestren en el curso del proceso o los que se establezcan y fijen de acuerdo con los trámites establecidos en el artículo 192 del Código De Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sumas de dinero que devengarán intereses y serán ajustadas conforme al artículo 195 del Código De Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y canceladas dentro de los mismos términos previstos en este artículo.

SEXTO: Condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

SEPTIMO: De manera respetuosa solicito al Juez Administrativo de conocimiento para que se ORDENE al ente administrativo el inicio de la ACCIÓN DE REPETICIÓN en contra de los Funcionarios Públicos que motivaron los actos administrativos atacado en Nulidad y Restablecimiento.” (sic). (Mayúsculas sostenidas del texto original)

1.1.2. Hechos

En relación con las pretensiones de la demanda, se dejaron anotadas las siguientes circunstancias fácticas:

Mediante el Decreto 015 del 18 de enero de 1996, el alcalde municipal de Honda (T) nombró a Margarita Miranda Gallego como docente, con efectos desde el 22 de enero de 1996, según consta en el acta de posesión.

A través del Decreto 0500 del 28 de agosto de 2001, el gobernador del Departamento del Tolima *“realiza traslados de nombramientos a docentes de la Planta Municipal financiados con recursos del municipio de Honda en la planta de personal docentes del situado Fiscal del Departamento del Tolima”* (sic), entre ellos a Margarita Miranda Gallego.

Indicó que *“Con fundamento en el Decreto 196 de 1995 se CELEBRARON ENTRE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y EL MUNICIPIO DE HONDA CONVENIOS en fecha 14 de noviembre de 1997 y cuyo objeto era Garantizar la afiliación e incorporación de 12 docentes cofinanciados con fundamento en el art 10 del decreto 196 de 1995, Ley 91 de 1989 y Decretos reglamentarios 1775 y 2563 de 1990. En esta fecha se trató de 12 docente, y en el CONVENIO de fecha 12 de abril de 1999 incorporaron 22 docentes (...)”* (sic).

La aquí demandante en el año 2007 se dio cuenta que al fondo de prestaciones sociales del magisterio no habían sido trasladadas las cesantías causadas entre el 22 de enero de 1996 y agosto de 1998.

Mencionó que a partir del año 2007 la actora presenta sendos derechos de petición ante el Municipio de Honda, la Fiduprevisora y la Secretaría de Educación del Tolima, requiriendo el reconocimiento y la actualización en la base de datos como afiliada al FOMAG a partir de la fecha de posesión (22 de enero de 1996).

En virtud a que las respuestas recibidas no eran concluyentes, en junio de 2018 se radica ante todas las entidades accionadas *“(...) petición de actualización de la base de datos con la fecha de vinculación real (...) 22 de enero de 1996, (...) y el reconocimiento de las prestaciones sociales de orden laboral y la Sanción Moratoria a la que se hicieron por la tardanza injustificada frente al reconocimiento, (...)”* (sic).

Señaló que la Fiduprevisora S.A. a través del Oficio 2018171324861 del 28 de agosto de 2018 dio respuesta a la solicitud anterior. Que, el Municipio de Honda también se pronunció mediante Oficio 00004469 del 29 de agosto de 2018. Y que, el Ministerio de Educación – FOMAG, optó por guardar silencio.

Manifestó que *“las respuestas dadas por las entidades demandadas y enunciadas en los numerales anteriores es evidente que mis poderdantes ostentan el derecho reclamado del reconocimiento y pago de las cesantías, intereses de cesantías del periodo comprendido entre el 22 de enero de 1996 al 30 de agosto de 1998, e igualmente, que le sean canceladas y reconocidas las prestaciones económicas dejadas de pagar por dicha situación, con las debidas indexaciones, intereses legales, sanción moratoria por el no pago de las cesantías y las costas, ya que a mis prohijadas no les corresponde asumir o someterse a unas cargas administrativas que son propias del Empleador.”*

1.1.3. Concepto de violación

En este acápite se hicieron las siguientes afirmaciones:

El Municipio de Honda incurrió en la omisión de consignar las cesantías de la demandante al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, desde el 22 de enero de 1996 hasta agosto de 1998.

La Fiduprevisora S.A. *“(...) no tuvo la previsión de exigirle a la entidad territorial lo pertinente a los aportes de ley para el fin que maneja el fondo”* (sic).

La Nación – Ministerio de Educación y el Departamento del Tolima son responsables de no haber ejercido vigilancia y control respecto al pago de cesantías a su cargo.

Por lo anterior, las demandadas deben declararse solidariamente responsables de la creación del daño que busca resarcirse a través de este proceso judicial.

De otro lado, acusó los actos demandados de falsa motivación por las siguientes razones:

“Claramente se establece que el principio de la Seguridad Jurídica ha sido conculcado; se ha violado flagrantemente con la expedición de los actos administrativos acusados, donde para edificar una negociación de un derecho existe una contradicción y deja en el limbo una obligación de carácter laboral. Permitiendo la vulneración y la aplicación de vías de hecho en ejercicio del poder unilateral de las entidades demandadas, como se evidencia que la construcción de un acto administrativo con documentos falsos encuadra en el precepto jurisprudencial de FALSA MOTIVACIÓN.” (sic).

1.2. Contestación de la demanda

1.2.1. Departamento del Tolima

La entidad mediante apoderado expresó oposición a las pretensiones de la demanda advirtiendo que los actos administrativos suscritos por la Secretaría de Educación y Cultura en temas relacionados con docentes nacionalizados no actúa en nombre del Departamento del Tolima sino de la Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta las facultades conferidas por el artículo 3 del Decreto 2831 de 2005, existiendo falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de este ente territorial. Como excepciones de mérito formuló las excepciones que denominó: (i) “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”; y, (ii) “*RECONOCIMIENTO OFICIOSO*”.

1.2.2. Nación - Ministerio de Educación – FNPSM

No intervino en esta etapa procesal.

1.2.3. Municipio de Honda

El apoderado afirmó que el municipio no está certificado para el manejo de la educación, luego las novedades del personal administrativo, docente y directivo docente son del resorte exclusivo de la gobernación del departamento del Tolima conforme lo dispone las Leyes 115 de 1994 y 1874 de 2017 y demás normas reglamentarias, de ahí que el día 14 de noviembre de 1997 se suscribió el convenio entre la Nación – Ministerio de Educación-, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el municipio de Honda, donde el manejo de dicho personal pasó al Departamento, lo que conduce a concluir que el pago de las cesantías de los demandantes por el periodo comprendido del 22 de enero de 1996 al 30 de agosto de 1998 le corresponda a esa entidad territorial. Agrega que la Fiduprevisora S.A. en su comunicación del 23 de agosto de 2018 certificó que la docente Margarita Miranda Gallego se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en virtud del Decreto 196 de 1995, con vinculación municipal, con pasivo prestacional, fecha de posesión 22 de enero de 1996 y fecha de afiliación el día 1º de septiembre de 1998, luego las cesantías parciales y definitivas, según sea el caso, tal como lo afirma la entidad, son radicadas, liquidadas y reconocidas por la Secretaría de Educación a la cual se encuentra adscrita la docente demandante de conformidad con lo ordenado en el Decreto 2831 de 2005.

Propuso las excepciones de caducidad de la acción e “*INEXISTENCIA DE PRUEBAS QUE DETERMINEN LA RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD TERRITORIAL*”.

1.3. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en sentencia proferida el 26 de febrero de 2021, sobre el asunto de que trata este proceso, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo presunto negativo originado en la falta de respuesta de fondo frente a la reclamación elevada por la actora el 23 de julio de 2018- PQR18833.

SEGUNDO: ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG liquidar anualmente las cesantías de la docente MARGARITA MIRANDA GALLEGO desde el momento de su posesión 22 de enero de 1996 y hasta el 30 de agosto de 1998.

La entidad expedirá el acto de reconocimiento y pago de las cesantías por este interregno solo cuando se acredite el retiro definitivo del servicio o una vez cumplidos los requisitos legales para el retiro parcial.

También deberá liquidar y pagar los intereses a las cesantías sobre el valor acumulado al 31 de diciembre del respectivo año desde el 22 de enero de 1996 y hasta el 30 de agosto de 1998. Dicho valor deberá ser actualizado teniendo en cuenta el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE en los términos dispuestos en la parte motiva.

TERCERO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda, por lo expuesto en precedencia.

CUARTO: ABSTENERSE de condenar en costas a la parte demandada. (...)

La decisión antepuesta encuentra sustento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, se indicó que como la docente se vinculó con posterioridad a la promulgación de la Ley 91 de 1989 que se prueba con su nombramiento y posesión, en virtud de lo establecido en los artículos 2º y 4º ib. debía ser inmediatamente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, siendo esta la entidad en quien recae – desde el 1º de enero de 1990- la carga de reconocer y pagar las cesantías cuando se acredite la desvinculación o cuando se tramiten las parciales con los requisitos de ley, pues como se indicó en el apartado anterior, la meta principal del legislador de 1989, además de unificar el régimen salarial del personal docente, fue la de crear al Fomag para centralizar la administración de los recursos destinados al pago oportuno de las prestaciones sociales de los docentes que con frecuencia se obstaculizaban cuando estaban a cargo de las entidades territoriales u otras cajas, luego el reconocimiento y pago no puede en este caso estar en cabeza ni del Departamento del Tolima, ni del Municipio de Honda.

Mencionó que el artículo 4 de la Ley 91 dispuso que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio atendería las prestaciones sociales de los docentes que se vincularan con posterioridad a su vigencia, y que dicho personal debía cumplir con los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica. A su turno, que el numeral 5º del artículo 2 *ibidem*, regula que las prestaciones que “*se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, advirtiendo que, entre otras, las entidades territoriales pagarían al Fondo “*las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles*”. Anotó que, dentro de los objetivos del fondo, se destacan: (i) efectuar el pago de prestaciones sociales del personal afiliado, causadas a partir de la promulgación de la Ley 91 de 1989; (ii) velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes; y (iii) propender porque todas las entidades deudoras del fondo cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.

Consignó que si bien los antecedentes administrativos exhiben que solo hasta el año 1998 el Municipio de Honda inició el procedimiento previsto en el artículo 9º del Decreto 196 de 1995 para afiliación de los docentes que se habían vinculado desde el año 1996 con recursos propios, pero en todo caso posterior a la vigencia de la Ley 91, ello en manera alguna dejaba a los docentes a la deriva en la liquidación de sus cesantías y el abono de sus intereses en el interregno entre la posesión y la afiliación, pues se trata de un derecho que solo depende de su vinculación.

Recordó que en términos de la Corte Constitucional el auxilio de cesantía se erige en una de las prestaciones más importantes para los trabajadores y su núcleo

familiar y en uno de los fundamentos más relevantes del bienestar de los mismos, en cuanto se considera *“el respaldo económico de sus titulares para el acceso a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida de la población asalariada”*. Pese a que se trata de una retribución diferida, es decir que su pago se verifica al retiro para que el empleado pueda subsistir mientras consigue otro trabajo, dure la desocupación o cese definitivamente en las actividades laborales, o para suplir otras contingencias en el caso de las parciales, su derecho a ser liquidadas se adquiere solo con la vinculación.

Resultado de lo anterior, infirió que independientemente de la tardanza imputable a la entidad territorial en el proceso de incorporación y afiliación previsto en el Decreto 196 de 1995, así como del incumplimiento en el pago de la quinta parte del pasivo prestacional previsto en la cláusula segunda del convenio interadministrativo suscrito entre la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Municipio de Honda, la docente Miranda Gallego le asiste el derecho a que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le liquide sus cesantías desde la fecha de su posesión como docente oficial y hasta el día antes de su afiliación formal, así mismo, el abono actualizado de los intereses a las cesantías por dicho interregno.

Reveló que no resulta procedente en los términos solicitados, ordenar el pago de las cesantías porque para el momento de la presentación de la demanda la docente se encontraba activa, y el auxilio de cesantía se reconoce y paga cuando se rompe el vínculo entre el funcionario y el Estado, es decir, cuando este se retira del servicio, denominada definitiva, y parcial la que se paga en vigencia del vínculo laboral, previo cumplimiento de ciertos requisitos exigidos por la ley, presupuestos que no fueron acreditados en las presentes diligencias.

Respecto a la pretensión del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la tardanza en el reconocimiento y pago de las cesantías causadas en los años 1996 y 1997, indicó el *a quo* que sería denegada por cuanto la orden de liquidación surge con la presente sentencia judicial, conforme a lo cual no es procedente establecer que la administración haya incurrido en mora en el pago de la respectiva prestación, pues no hay certeza de la fecha de su exigibilidad. Anotó que el presupuesto de la sanción es precisamente que hayan sido reconocidas y pagadas, lo cual no viene al caso.

1.4. El recurso de apelación

El apoderado de la parte actora impetró recurso de apelación parcial contra la decisión anterior, por disconformidad en lo resuelto a través del numeral segundo de la parte resolutive del fallo.

Argumentó no estar de acuerdo con que se haya dejado de condenar solidariamente a la Nación – Ministerio de Educación, Fiduprevisora S. A., Departamento del Tolima y al Municipio de Honda, *“(...) como quiera que las mismas con su actuar omisivo obligaron a mi poderdante a tener que recurrir a una demanda Contenciosa Administrativa para poder proteger su derecho, (...)”*.

Dijo que era claro que las accionadas son responsables por su omisión de no afiliarse a la aquí demandante al fondo de prestaciones sociales del magisterio.

Agregó que *“(...) la totalidad de la ACCIONADAS SON RESPONSABLES INDEPENDIENTE QUE SEA EL FONDO EL LLAMADO A RECONOCER POR ORDEN LEGAL, este a su vez omitió la exigibilidad a los demás actores obligados como era en su momento EL MUNICIPIO DE HONDA Y LA GOBERNACIÓN DEL TOLIMA y aun mas sensible si Fiduprevisora es la que maneja financieramente el*

recurso; la misma está llamada a alertar; LAS OMISIONES QUE LAS DEMÁS ENTIDADES TERRITORIALES e inclusive la NACIÓN Y MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL , frente a su misión de aportar y vigilar y al no existir prueba sumaria que exima la responsabilidad de las accionadas; el RESTABLECIMIENTO DERECHO estaría en cabeza de la totalidad de las accionadas de manera solidaria y frente a este aspecto se solicita la reforma del fallo apelado por parte de este extremo.” (sic). (Mayúsculas sostenidas del texto original)

De otro lado, expuso que también estaba disconforme con la interpretación dada a sí se había solicitado el pago de las cesantías parciales de la demandante para los años 1996, 1997 y 1998. Para sustentar este cargo, indicó:

“(...) se evidencia que es el mismo despacho que acepta la prueba “Que varios docentes, entre ellos Margarita Miranda Gallego, radicaron petición ante el municipio de Honda Tolima el día 6 de agosto de 2007, solicitando el pago de los intereses a las cesantías de los años 1996 y 1997, el traslado de las cesantías a la Fiduprevisora S.A., y copia del oficio o consignaciones del traslado del pasivo prestacional (Expediente digital Archivo No.2 folios 30-31.).

Adicional a ello el despacho acepta: Que el 30 de enero de 2017 y a través de apoderada judicial, la accionante entre otros, radican petición ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con la finalidad de obtener: (i) reconocimiento y actualización en la base de datos como afiliados al Fomag a partir de su posesión; (ii) canceladas y reconocidas las prestaciones económicas dejadas de pagar, con las debidas indexaciones, intereses comerciales, moratorios y las costas si fuera el caso (Expediente Digital Archivo No.3 folios 19-20). A su turno, el Secretario de Educación departamental en nombre del Fomag, a través de la resolución No. 0866 del 27 de febrero de 2017 resolvió de forma desfavorable la actualización en base de datos, con las siguientes consideraciones:

“(...) mediante convenio suscrito por el Ministerio de Hacienda, Ministerio de Educación y municipio de Honda Tolima de fecha 20 de abril de 1999, se incorporaron (22) veintidós funcionarios como docentes del magisterio, entre ellos los relacionados en el derecho de petición ... financiados con recursos propios del municipio al fondo Nacional de Prestaciones, en cuyo texto del contrato se manifestó que no traían pasivo pensional por concepto de cesantías y pensiones.

En consecuencia, a partir del 22 de enero de 1996 es cuando se vinculan al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO los docentes que en derecho de petición solicitan la actualización de datos de afiliación, siendo improcedente actualizarlos, siendo que estos se encuentran actualizados y vinculados desde la fecha de posesión ante el municipio de Honda.

Adicional a ello Que la FIDUPREVISORA el 23 de agosto de 2018 a través de su comunicación No. 20180171315071 y en atención al derecho de petición, le informan a la demandante:

“la docente MIRANDA GALLEGO MARGARITA C.C. 28.948.503 se encuentra afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud del Decreto 196 de 1995, con vinculación municipal, con pasivo prestacional, fecha de posesión 22 de enero de 1996, fecha de afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio 01 de septiembre de 1998.

(...) una vez el educador realice la solicitud de cesantías parciales o definitivas, trámite que se realiza a petición de parte, la secretaria de educación a la cual pertenece debe remitir a la FIDUPREVISORA, junto con todos los requisitos establecidos para la solicitud, los reportes de las cesantías de los años 1996 y 1997, para que sean tenidos en cuenta en los reportes de la liquidación de la prestación. (Expediente Digital Archivo 3 folios 45-47).

Situación que era bastante clara para el despacho frente al derecho desconocido, y como se constata tres de las accionadas no contestaron la demanda y dos de ellas tan solo se preocuparon en trasladar la responsabilidad al Fondo no como excepción sino del análisis legal que se pudiera decantar en el fallo dan como cierto la totalidad de lo aportado por el extremo activo a título de pruebas ya que acorde a lo planteado en los hechos desde el Año 2007, mi poderdante está solicitando el pago de sus cesantías parciales cumpliendo con la totalidad de los requisitos y tan solo hasta el año 2014 “FIDUPREVISORA contesta en fecha 1 de octubre de 2014 (...)

Y es por ello que a mi mandante hasta el año 2015 después de múltiples solicitudes le pagan por fin las cesantías parciales, pero desde el año 1998 SEP. A DICIEMBRE DE 2013 mediante la resolución 5697 del 04 de sep. de 2015 para tal fin aporto.

Como quiera que la PRETENSIÓN BUSCADA EN LA PRESENTE DEMANDA ERA DEMOSTRAR LA INEXISTENCIA EN EL PAGO DE LAS CESANTÍAS DEL PERIODO 1996 AL 1998 AGOSTO 30 COMO SE EVIDENCIO Y OTORGO EL DERECHO POR PARTE DEL DESPACHO ADICIONAL A ELLO SE EVIDENCIARON en los derechos de petición presentados a las accionadas durante el transcurso 2001 a 2018 era el pago de las cesantías de ese periodo, acorde a lo anterior queda evidenciada la procedencia de declarar la Sanción Moratoria ya que si bien es cierto tan solo hasta el año 2015 se entregaron a mi mandante las cesantías parciales solicitadas desde el año 2007 de manera sistémica, año a año guardando silencio las accionadas y decidiendo de fondo accediendo al pago de la cesantía parcial hasta el año 2015 pero sin reconocer el periodo alegado. Acorde a lo anterior queda debidamente sustentado el Recurso de alzada.” (sic). (Mayúscula sostenida del texto transcrito)

Adicionalmente, pidió que se decrete como prueba en segunda instancia, requerir al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que “*informe si se le han pagado cesantías parciales a mi poderdante MARGARITA MIRANDA y en que fechas y en especial la fecha de la solicitud y el contenido de la misma y de esta manera poder esclarecer y desvirtuar la interpretación dada por el AQUO.*” (sic).

1.5. Concepto del Ministerio Público en segunda instancia

Guardó silencio en esta etapa procesal.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Cuestión previa

Advierte la Sala que la parte actora con el recurso de alzada pidió que en esta instancia se decretara prueba documental, empero, tal solicitud probatoria ya fue denegada mediante el auto admisorio del recurso, fechado del 25 de noviembre de 2021; por consiguiente, en la presente providencia no se hará nuevo pronunciamiento frente al particular.

2.2. Competencia

El presente asunto es competencia de esta Corporación de conformidad a lo establecido en el artículo 153 del CPACA, según el cual los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

De otro modo, esta Sala se ceñirá a lo reglado en el artículo 328 del CGP, por remisión del artículo 306 del CPACA; en cuanto a que se hará pronunciamiento únicamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin dejar de lado las decisiones que se deban adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

2.3. Procedibilidad del recurso de apelación

Acorde con lo señalado en el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, son apelables las sentencias de primera instancia, circunstancia que es la que se avizora en el presente caso.

2.4. Problema jurídico

De acuerdo con el recurso de apelación², corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si la decisión del *a quo* de condenar exclusivamente a la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de responder por el reconocimiento de las cesantías de la demandante, entre el 22 de enero de 1996 y el 30 de agosto de 1998, se ajusta o no a derecho.

También, deberá establecer si la demandante es beneficiaria de la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

2.4.1. Tesis de la Sala

Se confirmará el fallo recurrido en razón a que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 le corresponde al FOMAG liquidar y reconocer el auxilio de cesantía parcial o definitiva de los docentes oficiales, así que es la entidad encargada de responder en este proceso por la corrección de la fecha de vinculación de la demandante y la posterior liquidación con el cómputo de los nuevos periodos (22 de enero de 1996 al 30 de agosto de 1998). En cuanto a la sanción moratoria se advierte que será una contraprestación que se confirmará en su negativa por falta de sustento probatorio sobre su causación.

2.5. Análisis de la Sala

Para dar resolución a los problemas jurídicos planteados en precedencia, se procede a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

De acuerdo con el artículo 115 de la Ley 115 de 1994, los docentes oficiales se benefician del reconocimiento del auxilio de cesantías de acuerdo con los parámetros establecidos por el artículo 15 (numeral 3) de la Ley 91 de 1989, norma que distingue entre los que se benefician del régimen de cesantías retroactivas y

² Según el artículo 328 del Código General del Proceso, «El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley»; asimismo, «El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella».

aquellos a quienes les es aplicable el de cesantías anualizadas con pago de intereses y sin retroactividad, así:

“3. Cesantías:

Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

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

En todo caso, corresponde al FOMAG liquidar y reconocer el auxilio de cesantía parcial o definitiva de los docentes oficiales, actividad que, en virtud de la «prestación descentralizada de los servicios» consagrada en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 y de la delegación de que trata el artículo 9 *ibidem*, desarrolla a través de las secretarías de educación de los entes territoriales. Mientras que el pago de la prestación debe ser efectuado a través de la sociedad fiduciaria que administre los recursos del fondo, que en la actualidad es la Fidupervisora SA.

El pago de dicha prestación estaba sometida al trámite previsto en el Decreto 2831 de 2005³, que instituyó un procedimiento administrativo caracterizado por la división de responsabilidades y cargas administrativas entre las secretarías de educación y la fiduciaria, y la adopción de términos para la ejecución de cada una de ellas, períodos que, en conjunto, superaban los plazos dispuestos por el legislador para la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías de los demás servidores públicos⁴.

En efecto, debe recordarse que, en lo concerniente al reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, el artículo 1° de la Ley 244 de 1995 preveía que «dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley». Tal norma fue subrogada por el artículo 4° de la Ley 1071 de 2005, legislación que (i) diversificó la tipología de sujeto destinatario de la obligación, pues no se refirió solo a «la entidad patronal», sino a «la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías», (ii) mantuvo el término de 15 días como plazo máximo para expedir el acto administrativo de reconocimiento de cesantías definitivas y (iii) extendió tal

³ «Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3 y el numeral 6 del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones».

⁴ Al respecto, ver párrafos 118 y 119, Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, expediente 73001-23-33-000-2014-00580-01.

deber también a las solicitudes de cesantías parciales.

En concordancia con lo anterior, el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, que establecía el término oportuno para efectuar el pago del auxilio de cesantías definitivas (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) y consagró una sanción moratoria por el pago tardío de esa prestación, fue subrogado por el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, de la siguiente manera:

“Artículo 5º. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

No obstante, como las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 no se contrajeron, en concreto, al reconocimiento de cesantías del personal docente, la interpretación de los funcionarios judiciales en torno al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago extemporáneo de esa prestación no fue uniforme, situación que motivó la expedición de la sentencia SU-336 de 2017⁵, en la cual la Corte Constitucional determinó *«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»*.

Tal dificultad interpretativa también fue materia de estudio por esta sección segunda, en fallo CE-SUJ-SII-012-2018⁶, oportunidad en la cual sostuvo que *«los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales⁷, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley»*, y unificó su jurisprudencia, así:

“PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías.”

⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-336 de 2017, M. P. Iván Humberto Escrucera Mayolo.

⁶ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, expediente 73001-23-33-000-2014-00580-01.

⁷ Definición utilizada en el Decreto Ley 3135 de 1968, para significar a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.

De igual modo, con el fin de establecer el momento de inicio de la causación de la sanción, la Corporación estudió las distintas hipótesis que pueden presentarse en el marco del reconocimiento de las cesantías de los afiliados al FOMAG, momento en el que valoró la forma y oportunidad del acto que concede la prestación (acto ficto o expreso oportuno o extemporáneo), la notificación, interposición de recursos y términos de ejecutoria de dicha actuación, y determinó a partir de cuándo, en cada caso, empieza a generarse mora, según las siguientes reglas:

“SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuando 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. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

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

Por último, el Consejo de Estado también sentó jurisprudencia en cuanto al salario de liquidación de la sanción moratoria y la imposibilidad de indexar esa base (sin perjuicio de la actualización de la respectiva condena):

“TERCERO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que, en tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.”

A partir de lo anterior, la Sala concluye que los docentes oficiales afiliados al FOMAG tienen derecho al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, afirmación que encuentra sustento de derecho detallado

⁸ Artículo 69 CPACA.

en los pronunciamientos de unificación proferidos por la Corte Constitucional (sentencia SU-336 de 2017⁹) y por la sección segunda de esta Corporación (fallo CE-SUJ-SII-012-2018¹⁰); de manera que la gestión administrativa necesaria para resolver todas las solicitudes de reconocimiento del auxilio de cesantías formuladas ante el FOMAG debe ajustarse a los plazos y condiciones contenidos en esas normas y, en consecuencia, resulta claro que la referida sanción empieza a generarse en caso de retardo en el pago de la prestación, según las circunstancias de cada situación particular y con independencia de si se trata de cesantías definitivas o parciales.

2.6. Caso concreto

El primer punto a resolver en esta providencia es el de determinar la entidad encargada de liquidar y reconocer el auxilio de cesantía parcial o definitiva de los docentes oficiales.

De acuerdo a lo expuesto por la parte actora, la señora Margarita Miranda Gallego ingresó al servicio docente con vinculación territorial el 22 de enero de 1996, sin embargo, cuando consulta el estado de afiliación al FOMAG aparece con fecha de iniciación el 01 de septiembre de 1998. De las anotaciones hechas en la demanda en el acápite de exposición de los fundamentos fácticos se infiere que igual ocurre con el extracto de cesantías acumuladas cuya fecha de inicio es el 01 de septiembre de 1998 y no el 22 de enero de 1996, momento de vinculación laboral en el sector docente.

Corolario, pidió “(...) se ordene a NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (...) incluir a (...) MARGARITA MIRANDA GALLEGO (...) Como afiliada vinculada y con derecho al pago de Cesantías e intereses de cesantías desde el 22 de enero de 1996 al 30 de agosto de 1998 (...)” (sic).

Por consiguiente, fue que la primera instancia, hallándole la razón a la actora de que la fecha de afiliación y causación de prestaciones a cargo del FOMAG, como las cesantías, tenía fecha de iniciación el 01 de septiembre de 1998, cuando se acreditó que la vinculación laboral como docente ocurrió con efectos fiscales el 22 de enero de 1996, dispuso ordenar a esa entidad “(...) liquidar anualmente las cesantías de la docente MARGARITA MIRANDA GALLEGO desde el momento de su posesión 22 de enero de 1996 y hasta el 30 de agosto de 1998.”

Así, no resulta de recibo el argumento del recurrente respecto a que la orden anterior debió darse de manera solidaria y conjunta a todas las entidades aquí demandadas (FOMAG, Fiduprevisora, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Municipio de Honda), pues, de acuerdo al marco normativo traído en esta providencia, es competencia del FOMAG liquidar y reconocer el auxilio de cesantía parcial o definitiva de los docentes oficiales. Para ahondar en esta afirmación, de que la orden en efecto le corresponde al FOMAG, véase el contenido de las siguientes normas que trae la Ley 91 de 1989:

“ARTÍCULO 3. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. (...)”

⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-336 de 18 de mayo de 2017, M.P. Iván Humberto Escruera Mayolo.

¹⁰ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, expediente 73001-23-33-000-2014-00580-01.

Reglamentado por el Decreto Nacional 2831 de 2005. El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.

ARTÍCULO 4. *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renunciaciones a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.*

ARTÍCULO 5. *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:*

- 1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.*
 - 2. Garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.*
 - 3. Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.*
 - 4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.*
 - 5. Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.*
- (...)*

ARTÍCULO 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

(...)

3. Cesantías:

(...)

Para los docentes 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.
(...)"*

De lo antepuesto, inclusive, se tiene que le corresponde al FOMAG, además de efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado, **“velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes”** y **“velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones”** (art. 5 Ley 91). (Se resalta)

En relación con lo dicho, fue acertada la decisión del *a quo* en cuanto a que las órdenes emitidas en su fallo, a título de restablecimiento del derecho, recaigan exclusivamente en el FOMAG, pues es esta la autoridad competente para corregir la fecha de iniciación de afiliación de la demandante, y a partir de este momento liquidar prestaciones como las cesantías, cuando sea la oportunidad de reconocerlas de forma definitiva o parcial; además de que es a aquella la que debe velar porque se adelante los trámites para que las entidades deudoras cumplan con el pago de sus obligaciones, si es que a la fecha aún le deben el valor de los aportes de las cesantías e intereses de las cesantías causadas a favor de la actora por el periodo comprendido entre el 22 de enero de 1996 al 30 de agosto de 1998.

Con base en lo anterior, se comparte la apreciación del *a quo* respecto a que, independientemente de la tardanza imputable a la entidad territorial en el proceso de incorporación y afiliación previsto en el Decreto 196 de 1995¹¹, así como del incumplimiento en el pago de la quinta parte del pasivo prestacional previsto en la cláusula segunda del convenio interadministrativo suscrito entre la Nación-Ministerio de Educación Nacional - Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Municipio de Honda, a la docente Miranda Gallego le asiste el derecho a que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le liquide sus cesantías desde la fecha de su posesión como docente oficial, luego, es esta última la que le debe responder a título de restablecimiento del derecho.

Otra disconformidad con la decisión recurrida es que no se reconoció sanción moratoria por el pago tardío de cesantías, y para el efecto, con el recurso de alzada, se pidió que se decretara prueba documental consistente en oficiar al FOMAG para que certificara si ha realizado pago de cesantías parciales a la demandante, y a partir de allí analizar la posible causación de la sanción moratoria reclamada.

Pues, lo primero es indicar que la solicitud probatoria para determinar la mora en el pago de cesantías se negó por extemporánea. Lo segundo, es que, si bien en el libelo demandatorio se pide sanción moratoria, en los fundamentos fácticos no se precisa cuando se causó, no se narra que tipo de cesantías reclamó, no se señala acto alguno de liquidación y reconocimiento de tal prestación, tampoco se establece si se pagaron o no o si ocurrió tardíamente, a su turno, en el concepto de violación nada se expuso sobre el particular. Por lo tanto, el Juez no tenía como abordar un estudio sobre este punto de la litis. Entonces, es claro que no tiene vocación de prosperar este cargo por falta de sustentación y de elementos probatorios a fin de establecer si la administración incurrió en mora en la consignación de cesantías de la actora y, por ende, determinar si tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por la tardanza en el pago de esa prestación.

¹¹ Por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.

De acuerdo a las respuestas dadas a los problemas jurídicos, la Sala encuentra méritos para confirmar la sentencia de primera instancia.

2.7. Costas procesales

Pese a que la providencia recurrida será confirmada en su totalidad, no se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, como quiera que lo cierto es que no se demostró su causación, prueba de ellos es que no intervino la parte contraria en estas diligencias.

2.8. Otras consideraciones

Advierte la Sala que, dada la situación actual de emergencia sanitaria generada por el COVID-19 la presente providencia será estudiada y aprobada mediante la utilización de medios electrónicos, en cumplimiento a las directrices del Gobierno Nacional y del Consejo Superior de la Judicatura -distanciamiento social aislamiento, trabajo en casa, uso de medios electrónicos-, para evitar la propagación de los efectos adversos de este virus.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Oralidad del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de febrero de 2021 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta sentencia comuníquese la decisión al Juzgado de origen para lo de su competencia, y se harán las anotaciones pertinentes en el programa informático "SAMAI".

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada en Sala a través del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Los Magistrados,



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

