

República de Colombia
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
Magistrado Ponente. Dr. CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ

Ibagué, veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

Radicación: No. 73001-33-33-005-2017-00400-01
Interno: No. 00558-2020
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: JOSE MIGDONIO VIDAL MORALES
Demandados: LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL TOLIMA- DEPARTAMENTO DEL TOLIMA
Referencia: Apelación de sentencia – Sanción Moratoria Docente.

Se encuentran las presentes diligencias en esta Corporación a efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, en contra de la sentencia dictada por Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué el 11 de mayo de 2020, mediante la cual decidió acceder parcialmente a las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor JOSE MIGDONIO VIDAL MORALES, obrando por conducto de apoderado judicial, instaura demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, solicitando las siguientes:

PRETENSIONES¹

“DECLARACIONES:

PRIMERA: *Se declare la nulidad parcial del acto administrativo resolución número 2689 de fecha 04 de mayo de 2017, como respuesta a la solicitud presentada por el docente el 13 de febrero de 2017, donde requiere el pago sus **CESANTÍAS DEFINITIVAS** por retiro definitivo de la docencia.*

SEGUNDO: *Se declare que el poderdante tiene derecho a que los demandados den cumplimiento a la Ley 244 de 1995, subrogada por la 1071 de 2006, correspondiente a un día de salario, por el no pago de la totalidad y cumplido de las **CESANTÍAS DEFINITIVAS** a favor de mi mandante.*

CONDENAS

Como consecuencia de la anterior declaración se:

¹ Ver en fols. 14-23 del cuaderno principal del expediente digital.

PRIMERA: Se ordene de forma inmediata el pago del saldo que se le adeuda de las **CESANTÍAS DEFINITIVAS**, al señor Directivo Docente (Rector) **JOSÉ MIGDONIO VIDAL MORALES**, liquidándolas desde el 23/03/1981 al 01/01/2017 con todos los factores salariales. Por valor de **(\$10.037.478) M/cte.**

SEGUNDA: Se ordene el reconocimiento y cumplimiento de la Ley 244 de 1995, subrogada por la 1071 de 2006, correspondiente a un día de salario, por el no pago cumplido de las **CESANTÍAS DEFINITIVAS** a favor de mi mandante, a partir del **26/04/2017 fecha en que debieron a ver (sic) pagado** a mi poderdante la totalidad de las **CESANTÍAS DEFINITIVAS** y no parcial como lo realizaron, hasta cuando se haga efectivo el pago total.

CUARTA (sic): El dinero de las cesantías definitivas deberá indexarse teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor desde la fecha en que **se debió haber hecho el pago** esto es desde el **26/04/2017 hasta que se haga el pago.**"

HECHOS²

PRIMERO: El poderdante señor Directivo Docente (Rector) **JOSÉ MIGDONIO VIDAL MORALES**, el 13/02/2017, solicita el pago de sus **CESANTÍAS DEFINITIVAS** por retiro definitivo de la docencia.

SEGUNDO: El **05/05/2017** se le notifica al poderdante la resolución número 2689 de fecha 04/05/2017, donde se le resuelve reconocer sus **CESANTÍAS DEFINITIVAS** pero con UN ERROR se reconoce y ordena el pago de una **CESANTÍAS DEFINITIVAS**, la cual no liquida la **PRIMA DE SERVICIO** que es factor para liquidar las cesantías de mi poderdante. Acto administrativo que concede recurso de reposición el cual no es imperativo interponerlo para agotar la actuación administrativa.

TERCERO: Al revisar el magistrado ponente el expediente y los elementos probatorios de esta demanda y con los documentos que aporten los demandados a la contestación de esta es claro que el señor Directivo Docente (Rector) **JOSÉ MIGDONIO VIDAL MORALES**, es nombrado desde el **23/03/1981 y labora hasta el 01/01/2017.**

CUARTO: De acuerdo a lo anterior se le adeuda un saldo a mi poderdante por el no pago de la totalidad de las **CESANTÍAS DEFINITIVAS**, causadas desde el 23/03/1981 al 01/01/2017.

CUARTA (sic): De igual manera tal y como se referencio anteriormente el poderdante solicita el pago de sus **CESANTÍAS DEFINITIVAS**, el 13/02/2017 y el pago parcial solo es cancelado mucho después de lo ordenado por la ley.

QUINTA: De acuerdo a lo anterior se le debe a mi poderdante un día de salario por cada día que pase **desde el 26/04/2017** fecha en que debieron a ver pagado a mi poderdante la totalidad de las **CESANTÍAS DEFINITIVAS** hasta el día que lo hagan en su totalidad y no parcial como lo realizaron lo anterior de acuerdo a la ley 244 de 1995 y que fue su subrogada por las ley 1071 de 2006.

² Ver en fols. 14-23 del cuaderno principal del expediente digital.

SEXTA: *El (la) docente JOSÉ MIGDONIO VIDAL MORALES me ha conferido poder para iniciar la presente acción, con el fin de presentar la demanda respectiva.*

SÉPTIMO: *de acuerdo a lo anterior la liquidación de las cesantías definitivas del poderdante por el tiempo servido o laborado es del 23/03/1981 al 01/01/2017 y por consiguiente debe ajustarse de la siguiente manera:*

FACTOR	VALOR
Sueldo Básico	3.120.336
Asignación Adicional de Rector del 30% de Rector	954.823
Asignación Adicional de Rector Segunda jornada 25%	795.686
Prima Navidad	445.501
Prima de Vacaciones	213.841
Prima de servicios	311.450
Salario Base de Liquidación	5.841.637
Número de días de liquidados	12.878
VALOR TOTAL CESANTÍAS	\$207.864.556

OCTAVO: *Como también es cierto al señor Directivo Docente (Rector) JOSÉ MIGDONIO VIDAL MORALES, le han reconocido cesantías parciales por valor de (\$90.603.659) M/cte.*

NOVENO: *Por lo tanto si la verdadera liquidación de las CESANTÍAS DEFINITIVAS del poderdante son (\$207.864.556) y le han reconocido por cesantías parciales la suma de (\$90.603.659) le adeudan al poderdante por CESANTÍAS DEFINITIVAS restando las pagadas y la de la resolución número 2689 de fecha 04/05/2017 por valor de (\$107.223.419) un saldo de (\$10.037.478) M/cte.*

DECIMO: *Mi poderdante advirtiéndole que sus CESANTÍAS DEFINITIVAS están mal liquidadas entrega poder al suscrito para que inicie proceso de medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral y solicite el pago verdadero de sus cesantías definitivas como el reconocimiento de la sanción dando cumplimiento a la ley 244 de 1.995 subrogada por la Ley 1071 de 2006.”*

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Las entidades accionadas contestaron el libelo introductorio de la referencia, y después de oponerse a la prosperidad de las pretensiones demandatorias, agregaron lo siguiente:

- **Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio³:**

“En el caso del sujeto en debate, me permito manifestar que de manera equivocada el demandante interpreto la normatividad que rige la situación, como quiera que las funciones que ejercían los representantes del Ministerio de Educación Nacional ante las entidades sociales del magisterio conforme a los artículos derogados por el artículo 61,

³ Ver en fols. 57-64 del cuaderno principal del expediente digital.

se encuentran en cabeza de las Secretarías de Educación, en virtud de las leyes de 981 de 1989 y 962 e 2005 artículo 56. Reglamentados en lo pertinente por el decreto 2831 de 2005.

Nótese que el Decreto 2831 de 2005, es por medio del cual se reglamentó 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, a través de los cuales se dispuso la conformación y funcionamiento del trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo, en el que se señale que las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la Secretaría de Educación de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta de docentes pertenezca o haya pertenecido el solicitante. De igual forma, el artículo 3 de la ley 91 de 1989 y el artículo 57 de la ley 962 de 2005, establecen de manera clara que las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pague el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas, por tanto, el proyecto del acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la Secretaría de Educación, o entidad que haga sus veces, de la entidad territorial a la que haya pertenecido el solicitante, será remitido a las sociedad fiduciaria que se encargue de los manejos de los recursos del Fondo para su aprobación, y como consecuencia señala que una vez aprobada la resolución por la Sociedad Fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, este deberá ser suscrito por el Secretario de Educación del ente territorial certificado al cual pertenecía el solicitante, de los que claramente se colige que no existe responsabilidad por parte del Ministerio de Educación, al no haber sido la entidad encargada de reconocer y tramitar la solicitud elevada por el accionante.

(...)

*Finalmente, debemos indicar que el acto administrativo demandado, no fue expedido por la entidad demandada, como quiera que tanto el reconocimiento de la prestación como la negación del pago de una sanción moratoria se realizó por parte de la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima y no contienen la manifestación de voluntad de la **NACION MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO e INCLUSO DE LA FIDUPREVISORA S.A. COMO ADMINISTRADORA Y VOCERA DE ESTE ULTIMO**. Debe tenerse en cuenta que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO es una cuenta especial de la NACION sin personería jurídica, que consiste en un patrimonio autónomo cuyos recursos están destinados a atender las prestaciones que los entes territoriales reconozcan a su planta de docentes, por lo tanto, el reconocimiento de la prestación no está a cargo de la entidad demandada.*

De lo anterior se desprende que no existe a cargo de la entidad que represento, la obligación legal de reconocer la prestación en los términos solicitados por el demandante como quiera que la negación del reconocimiento de la prestación se efectuó con base en el ordenamiento jurídico existente, de conformidad con las normas de orden constitucional, legal y reglamentario, en consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria que allí se exige.”

Finalmente se tiene que, propuso las siguientes excepciones: “BUENA FE”, “REGIMEN PRESTACIONAL INDEPENDIENTE E INCAPLABILIDAD DE LA LEY 1071 DEL 2006 AL GREMIO DOCENTE”, “PRESCRIPCION”, “INEXISTENCIA DE LA VULNERACION DE PRINCIPIOS LEGALES”, “INEXISTENCIA DEL DEMANDADO-FALTA DE RELACION CON EL RECONOCIMIENTO DEL

DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA, FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACION PARA EXPEDIR ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO”.

- **Departamento del Tolima:**⁴

*“La ley 91 de 1989, en su artículo 3º, creó 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. El artículo 5º de la ley citada fijó los objetivos del Fondo, siendo los principales: a) Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado; b) garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales. Estos últimos deberá contratarlos de acuerdo con las instrucciones impartidas por el Consejo Directivo; c) Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes; d) Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones. El artículo 9º de la ley estableció como obligación del Fondo el pago de las prestaciones sociales, pero él reconocimiento de estas queda a cargo de las entidades territoriales competentes, en virtud de la delegación que la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, les haga de dicha función.”*

SENTENCIA APELADA⁵

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante sentencia proferida el 11 de mayo de 2020, resolvió:

“PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la apoderada judicial de la parte demandada Nación - Ministerio de Educación - FOMAG y que denominó: buena fe, régimen prestacional independiente e inaplicabilidad de la Ley 1071 del 2006 al gremio docente, prescripción, inexistencia de la vulneración de principios legales, inexistencia del acto demandado- falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada, falta de competencia del ministerio de educación para expedir acto administrativo y reconocer el derecho reclamado y la innominada o genérica., de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de ésta decisión.

SEGUNDO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución N° 2689 del 04 de mayo de 2017 que reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas al demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de ésta decisión.

TERCERO: Condenar a título de restablecimiento del derecho, a la Nación Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reconocer, reliquidar y pagar la cesantías definitivas del señor JOSE MIGDONIO VIDAL MORALES, en los términos del Decreto 1545 del 2013, esto es, desde el 1 de enero del 2014 y hasta el 1 de enero del 2017, fecha de retiro definitivo del actor. Para tal fin la

⁴ Ver en fols.92-94 del cuaderno principal del expediente digital.

⁵ Ver folios 198-224 del cuaderno principal del expediente digital.

entidad demandada deberá pagar únicamente la diferencia resultante entre el valor reliquidado (con inclusión de la prima de servicios) y el que se liquidó y pagó el día 23 de junio de 2017, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de ésta decisión.

La entidad demandada deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente por concepto de aportes a la seguridad social integral, y los demás a los que haya lugar.

Las sumas reconocidas deberán actualizarse tal como se dejó precisado en las consideraciones de esta sentencia.

CUARTO: *A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad demandada Nación - Ministerio de Educación Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar al señor JOSE MIGDONIO VIDAL el valor correspondiente a un (1) día de salario vigente al momento de la mora por cada día de retardo, desde el 27 de mayo de 2017 al 22 de junio de 2017, esto es, el día anterior al cual se verificó el pago efectivo de las cesantías definitivas, destacando que los días de sanción moratoria corresponden a 27 días, sanción que deberá pagarse en los términos del parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.*

QUINTO: *Dado que no obra dentro del plenario documento alguno que acredite que la parte demandante solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago incompleto de las cesantías definitivas, esto es, incluyendo el factor salarial prima de servicios, y como quiera que no se agotó el requisito de procedibilidad denominado actuación administrativa, anteriormente vía gubernativa, frente a esta pretensión el Despacho se inhibirá de emitir pronunciamiento de Fondo.*

SEXTO: *Negar las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de ésta decisión.*

SÉPTIMO *Condenar en costas en esta instancia a la parte demandada Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para ello se fijan como agencias en derecho la suma de \$ 300.00 pesos, las cuales deberán ser incluidas en las costas del proceso, conforme lo expuesto en la parte motiva.*

OCTAVO: *Las sumas causadas deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A.; igualmente los intereses serán reconocidos en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto.*

NOVENO: *Ordenar la devolución de los remanentes que por gastos ordinarios del proceso consignó la parte demandante, si los hubiere.*

DÉCIMO: *Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del C.G.P.*

DÉCIMO PRIMERO: *Exhortar al Departamento del Tolima, para que realice las gestiones administrativas a su cargo, esto es, la elaboración del proyecto de resolución dentro del término que establece la Ley con el fin que se logre dar efectivo cumplimiento de la condena aquí impuesta.*

En firme la presente providencia, archívese el expediente.”

Para llegar a la anterior decisión, el *a quo* consideró lo siguiente:

“(…)”

“Ahora bien, en observancia de las reglas jurisprudenciales fijadas para resolver este tipo de controversias, obtenidas luego de aplicar los métodos de interpretación legal a la Ley 91 de 1989, el demandante tendría derecho a la prima de servicios por el tiempo reclamado si lograra acreditar que el Departamento de Tolima, mediante ordenanza vigente a la fecha de expedición de la Ley 91 de 1989, y en todo caso, expedida de acuerdo al respectivo marco de competencias constitucional y legal, hubiese creado dicho factor de salario en favor de su planta docente.

Así las cosas, revisada en su integridad la prueba documental aportada por la parte demandante, no encuentra el Despacho demostrado en el expediente, que en el Departamento de Tolima, antes de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, estuviera vigente norma territorial alguna que haya creado a favor de su planta docente oficial la prima de servicios y, mucho menos, que el actor la haya devengado desde que se vinculó como docente como lo pretende, por lo que no tiene derecho a su reconocimiento por el tiempo reclamado.

De otra parte, y en los términos del Decreto 1545 de 2013, es decir, a partir del año 2014 tiene derecho al reconocimiento de la prima de servicios en cuantía equivalente a 7 días de la remuneración mensual y, del año 2015 en adelante, por valor de 15 días, considerando que para los años 2016 y 2017 se emitió certificación conforme reposa en el plenario a folios 7 y 8 que aquel factor era devengado por el demandante.

En ese orden de ideas y aplicando el precedente jurisprudencial en cita, resulta claro que es procedente acceder parcialmente a la pretensión de reliquidación de las cesantías (sic) definitivas peticionada por el demandante, aclarando como se ha dicho, que el citado factor para liquidar la prestación de auxilio de cesantía definitiva debe reconocerse a partir del año 2014 y hasta la fecha en que fue liquidado, esto es hasta el año 2017, fecha de retiro del demandante, en la proporción establecida en el Decreto 1545 de 2013.

En consecuencia, se declarará la nulidad parcial de la Resolución N° 2689 del 04 de mayo de 2017 que reconoció la prestación al demandante, como quiera que no se incluyó la totalidad de factores salariales para su liquidación, esto es la prima de servicios.

Por lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer, reliquidar y pagar la (sic) cesantías definitivas del señor JOSE MIGDONIO VIDAL MORALES, en los términos del Decreto 1545 del 2013, esto es desde el 1 de enero del 2014 y hasta el 1 de enero de 2017, fecha de retiro definitivo del actor. Para tal fin la entidad demandada deberá pagar únicamente la diferencia resultante entre el valor reliquidado (con inclusión de la prima de servicios) y el que se liquidó y pagó el 23 de junio de 2017.”

LA APELACIÓN⁶

⁶ Ver folios 232-242 del cuaderno principal del expediente digital.

Oportunamente, el apoderado judicial de la parte accionante, interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué el 11 de mayo de 2020, para lo cual formuló las siguientes censuras en contra de la decisión de primer grado:

“Por lo anterior entonces debemos decir lo siguiente para sustentar nuestro recurso de apelación de esta sentencia en cuanto a este pronunciamiento que niega el pago de la verdadera sanción que le adeudan a mi poderdante por no pago cumplido en su totalidad de las cesantías definitivas.

Si el señor honorable magistrado ponente de este recurso de apelación revisa detenidamente se demandó el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas del poderdante por cuanto se tienen cuatro (4) meses para demandarlo para que no opere la caducidad de la acción, para presentar dicha demanda, hecho que se cumplió a cabalidad se presentó la demanda contra el acto administrativo número 2689 de fecha 04-05-2017y así lo reconoce el señor juez de primera instancia.

De acuerdo a lo anterior sería imposible realizar la actuación que pretende el señor juez que debía haber solicitado el reconocimiento de la sanción moratorio por el pago incompleto (incluyendo la prima de servicios) y que como no se realizó así no se dio cumplimiento al requisito de procedibilidad.

De nuevo repito porque tenía que hacer una reclamación cuando se tiene que demandar directamente el acto administrativo que viola los derechos de mi poderdante y además no tengo sino cuatro (4) meses para demandarlo.

Por lo tanto si inicio el agotamiento de la actuación administrativa con el fin de probar el requisito de procedibilidad que me exige la sentencia de primera instancia y no presento la demanda contra el acto administrativo trasgresor hubiere operado la acción de caducidad del acto administrativo en mis manos, y me arriesgaba a que el poderdante me denunciara ante el Consejo Seccional de la Judicatura por haber dejado vencer el termino (sic) para demandar el acto administrativo y probar las irregularidades que se cometieron los demandaos (sic) como las acepto el señor juez de primera instancia que el acto administrativo no tuvo en cuenta la prima de servicios y que era su deber liquidarla como factor salarial (sic) a tal punto que así lo ordeno.

“(...)”

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación interpuesto por el extremo demandante fue admitido mediante proveído fechado el veintitrés (23) de octubre de dos mil veinte (2020) (anexo N° 6 exp. Trib. Activo.), posteriormente, en providencia adiada el dieciocho (18) de marzo de dos mil veintiuno (2021), se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegatos de conclusión con miras a que éste emitiera su concepto de fondo (anexo N° 010 exp. Trib. Activo.), derecho del cual no hizo uso ninguna de las partes, así como el Ministerio Público guardó silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SEGUNDA INSTANCIA

1. Precisiones preliminares

1.1. *Competencia del Tribunal*

En primer lugar, es menester indicar que de conformidad a la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., esta jurisdicción puede aprehender el conocimiento del presente asunto, pues se trata de una controversia originada en varios actos sujetos al derecho administrativo expedidos por una entidad pública.

Como corolario de lo anterior, según las voces del artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, esta Corporación es competente para resolver el recurso de alzada contra las sentencias proferidas por los Jueces Administrativos en primera instancia y como quiera que según la regla general consagrada en el inciso 1º del artículo 243 *ibídem*, los fallos emitidos por los Jueces y Tribunales Administrativos son pasibles de ser apelados, es claro que esta Colegiatura es competente para dirimir el presente asunto en Sala de Decisión tal como lo prevé el artículo 125 *ejusdem*.

1.2 *Definición del recurso*

Conforme a lo dispuesto en los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso, normativa aplicable al caso de autos por remisión expresa del canon 306 de la Ley 1437 de 2011, el estudio en esta segunda instancia se circunscribirá a los puntos de inconformidad formulados por la parte demandante en contra de la sentencia de primer grado, los cuales se concretan en que en el *sub judice* no se decidió de fondo respecto de la sanción mora respecto al no pago oportuno de las cesantías definitivas solicitada ya que no se agotó la reclamación administrativa.

1.3 *Problema jurídico*

Según los argumentos que fueron esbozados en el recurso de apelación, el problema jurídico se concreta en determinar si el *a quo* realizó el estudio correcto de la sanción mora respecto del pago de las cesantías definitivas a las cuales tiene derecho el demandante.

2. **Análisis sustancial**

Pretende la parte accionante, se declare nulo el acto administrativo identificado con como la resolución N° 2689 adiado el 4 de mayo de 2017, emitido por el Secretario de Educación del Departamento del Tolima, mediante el cual, se reconocieron y ordenaron pagar las cesantías definitivas reclamadas por el señor JOSE MIGDONIO VIDAL MORALES como empleado público del ramo docente.

Con miras a resolver la presente controversia, se determinará: *i)* los hechos probados, *ii)* el régimen salarial y prestacional docente *iii)* el marco normativo de la sanción moratoria por pago inoportuno de cesantías aplicable a los servidores públicos, *iv)* conteo del término *v)* aplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 al personal

docente en calidad de servidores públicos y sustento jurisprudencial y *vi*) del caso en concreto.

Ahora bien, de conformidad con las pruebas allegadas oportunamente y en forma legal a la encuadernación, se advierten los siguientes:

2.2. Hechos probados

- Que mediante la Resolución número 2689 del 4 de mayo del 2017, suscrita por el Secretario de Educación del Departamento del Tolima, se reconoció y ordenó el pago al demandante de las cesantías definitivas en razón a que prestó sus servicios durante 35 años, 9 meses y 8 días (fol.6, 82-84 exp. Juz. Activo.).
- Certificación de la FIDUPREVISORA, en la cual señala que el día 23 de junio de 2017, depositó en la cuenta del demandante la suma de \$107.223.419 a través del banco BBVA COLOMBIA (fol. 147 y 154 exp. Juz. Activo.).

2.3. El régimen salarial y prestacional docente

Por disposición del artículo 3° del Decreto 2277 de 1979, los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales del orden Nacional, Departamental, Distrital, y Municipal, son empleados oficiales de régimen especial. La especialidad del régimen comprende algunas prerrogativas, tales como la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo (Decreto 224 de 1972, artículo 5°), y de gozar de la denominada pensión gracia, (Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933) prestaciones que reiteran las Leyes 91 de 1989; 100 de 1993, artículo 279 y; 115 de 1994, artículo 115.

Ahora bien, se tiene que en virtud de la potestad consagrada en el numeral 19, literal e, del artículo 150 Superior⁷, el Congreso de la República expidió la Ley 91 de 1989⁸, a través de la cual se instituyó el régimen prestacional especial del personal docente, el cual es administrado por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, organismo que se encarga de atender las prestaciones sociales de los docentes en lo relacionado con salud, pensiones y cesantías, efectuando el pago de las prestaciones económicas y garantizando la prestación de los servicios médico - asistenciales.

En orden a resolver lo pertinente, encuentra la Sala que el régimen prestacional especial del personal docente contemplado en la Ley 91 de 1989, regula en el numeral 3° de su artículo 15, lo atinente al reconocimiento de las cesantías, así:

⁷ Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...) e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública; (...)"

⁸ "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio".

“Artículo 15º.- 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:

- A.** 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.
- B.** 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 (...). (Resalta la Sala).

A su turno, la Ley 60 de 1993, al disponer la forma de organización de las plantas de personal docente, aclaró que **el régimen de prestaciones sociales** a favor de los nuevos docentes, **será el establecido en la precitada Ley 91 de 1989**. Así quedó previsto en el artículo 6º, al señalar:

*“ARTICULO 6o. Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales. Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte. Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute. **El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989 (...)**”.* (Destaca la Sala).

Por su parte, la Ley 115 de 1994 “Por la cual se expide la Ley General de Educación”, señaló en su artículo 115:

“Artículo 115º.- Régimen especial de los educadores estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente Ley. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución

Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.

En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.”.

De la relación normativa expuesta, se puede concluir que las prestaciones sociales de los docentes y, específicamente en el caso de las cesantías, se gobiernan por lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

En suma, el Congreso de la Republica expidió la Ley 1769 del 24 de noviembre de 2015⁹, por medio de la cual se decretó el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2016, y en su artículo 89 reguló lo atinente al pago de la cesantías del magisterio en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 89. *El pago que reconozca el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag) por concepto de cesantías parciales o definitivas a sus afiliados se deberá realizar dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha en que quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación y pago de la prestación social solicitada.*

A partir del día hábil sesenta y uno (61), se deberán reconocer a título de mora en el pago, intereses legales a una tasa equivalente a la DTF efectiva anual, causado diariamente por la suma no pagada.”

No obstante, esta Corporación advierte que la disposición contenida en el artículo anteriormente referido fue declarada inexecutable por la H. Corte Constitucional mediante sentencia C - 486 del 7 de septiembre de 2016, al considerar que la misma, además de violar el principio de unidad de materia presupuestal, buscaba modificar los plazos para el pago de las cesantías de los docentes del magisterio y reducir el monto de los intereses por mora en el cumplimiento de esta obligación, decisión que se torna regresiva y atenta contra los derechos mínimos laborales de los trabajadores.

2.4. Marco normativo de la sanción moratoria por pago inoportuno de cesantías de los servidores públicos

Preliminarmente, se tiene que la cesantía es una prestación social, originada en una vinculación de tipo laboral, que beneficia no sólo al trabajador adscrito al sector privado sino también al vinculado al sector público, sea cual sea la modalidad bajo la cual se haya generado el vínculo. Se reconoce cuando se rompe la relación entre la administración y el funcionario, caso en el cual es definitiva, o cuando se dan los supuestos para su otorgamiento de forma parcial, sin que el vínculo laboral cese, como cuando su pago está relacionado con necesidades de adquisición o mejoramiento de vivienda.

⁹ Ley 1769 de 2015 “por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y Ley de Apropiaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2016”.

“Art. 123. La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2016”.

Ahora bien, la indemnización por mora en el pago de la cesantía de los servidores públicos se erigió por parte del legislador, a través de la Ley 244 de 1995¹⁰, subrogada en algunos artículos por la ley 1071 de 2006, en este sentido dispone:

“Artículo 1º¹¹. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o **parciales, por parte de los petitionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.**

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

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

Artículo 2º¹² La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o **parciales** del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

En la exposición de motivos de la Ley 244 de 1995 se precisó que la finalidad de la sanción moratoria es lograr el pago oportuno de las cesantías del servidor público, mediante un cronograma y un procedimiento ágil, que evite que éste reciba una suma devaluada. Concretamente se indicó:

“Si bien es cierto el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución Nacional establece que ‘...el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales...’, ello no significa que las demás prestaciones y retribuciones por el trabajo no deban ser pagadas oportunamente. Todo lo contrario, los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente entre otras razones porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y de sus familias.

No obstante lo anterior, la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la

¹⁰ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

¹¹ Subrogado por el artículo 4º de la ley 1071 de 2006.

¹² Subrogado por el artículo 5o. de la ley 1071 de 2006.

administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites (...) Además de este factor de corruptela y tras la tortuosa espera, cuando al final se paga al trabajador su cesantía, tan solo se le entrega lo que certificó la entidad patronal meses y hasta años atrás al momento de la liquidación. Ni un peso más.”¹³

En este orden de ideas, se puede afirmar que la Ley 244 de 1995, al establecer en sus artículos 1º y 2º, un término perentorio para la liquidación y pago de las cesantías definitivas y parciales buscó que *i)* la administración expidiera la resolución en forma expedita y *ii)* que el pago se hiciera de manera oportuna para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores.

2.5. Cómputo de la sanción moratoria

Ahora bien, se advierte que sobre la manera como debe hacerse el cómputo para el pago de la sanción moratoria, la Sala Plena del Consejo de Estado indicó:

“Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.”¹⁴
(Subraya y negrilla fuera del texto original)

Igualmente, con respecto conteo de términos de la sanción moratoria, el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 02 de marzo de 2017¹⁵, precisó:

“La Sala reitera que la aludida sanción empieza a causarse, a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de los 45 días que prevé el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 para el pago del auxilio de cesantías definitivas y su causación se prolonga hasta que se haga efectiva la obligación.”

“[...]

¹³ Gaceta del Congreso 225 e 1995, página 1.

⁷ Sentencia de 27 de marzo de 2007, M.P. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, Exp. No. 760012331000200002513 01. (2777-2004), ACTOR: JOSÉ BOLÍVAR CAICEDO RUIZ.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 02 de marzo de 2017, C. P., Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado No. 08001-23-33-000-2012-00431-01(1721-14)

“Ahora bien, la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación¹⁶ en fallo de 6 de marzo de 2008, señaló que una vez efectuada la liquidación y reconocimiento de las cesantías definitivas, la obligación en cabeza de la entidad empleadora es pagarlas en su totalidad, de tal suerte que su incumplimiento, ya sea total o parcial, da lugar a la penalidad.

Igualmente, esta Subsección mediante sentencia de 4 de febrero de 2016¹⁷, ha sostenido que conforme a la normatividad, se tiene que la sanción tiene lugar cuando la administración incurre en mora en el pago de las cesantías, bien sea que previamente hayan sido liquidadas mediante acto administrativo debidamente ejecutoriado, o en aquellos eventos en que la administración no se pronuncie o se lo haga tardíamente frente a la solicitud del pago del auxilio de cesantía, salvo los casos previstos por la ley para su retención.”

“Como se señaló ab initio de estas consideraciones, el término para el cumplimiento de la obligación prevista en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, se contabiliza a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas, vale decir, cuando no se interpongan recursos contra el mismo, cuando se renuncie expresamente a ellos o cuando los recursos interpuestos se hayan decidido, salvo en los eventos en que la administración no se pronuncie frente a la solicitud del pago del auxilio de cesantía o lo haga de forma tardía, en los que el término para el cálculo de la indemnización moratoria comenzará a computarse una vez transcurridos 70 días después de la radicación de la petición (los cuales se discriminan así: 15 días para expedir el acto de reconocimiento, 10 más que corresponden al término de la ejecutoria¹⁸ y finalmente, los 45 días para la cancelación de la prestación social¹⁹).(Resaltado por Sala).

Así las cosas, la moratoria en el pago de las cesantías se rige por el procedimiento contemplado en la Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006, previendo que luego de presentada la solicitud, la entidad cuenta con el término máximo de 15 días para expedir la resolución de liquidación de las cesantías definitivas y/o parciales, 5 o 10 días, según el caso, que corresponden a la ejecutoria del acto administrativo, y 45 días hábiles para el pago, luego de los cuales empezará a correr la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. En este punto, es menester precisar que de los precedentes jurisprudenciales citados, se advierte que el término de ejecutoria depende de la fecha de expedición del acto administrativo, es decir, si se dio en el marco de aplicación de la Código de lo

¹⁶ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Rad. 47001-23-31-000-2002-00266-01(0875-06). C. P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁷ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Sentencia de 4 de febrero de 2016. Rad. 680012333000201300035-01 (1203-2014). C. P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁸ “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011. Artículo 76. Oportunidad y presentación. “Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.

Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios.”

¹⁹ Artículo 2º de la Ley 244 de 1995, modificado por el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006.

Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), que contemplaba como término para la interposición de los recursos de 5 días (artículo 51), no obstante, tal plazo fue ampliado con la expedición de la Ley 1437 de 2011 a 10 días (artículo 76).

En conclusión, cuando la administración no se pronuncie frente a la solicitud de pago del auxilio de cesantía, o lo haga en forma tardía, dicha situación no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso, razón por la cual, en tales casos, la moratoria debe contabilizarse a partir de la fecha de la solicitud, pues en caso contrario, se estaría avalando el retardo injustificado de la administración en proferirlo, desconociendo los motivos que el legislador tuvo para la consagración de esta sanción²⁰.

2.6 Aplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 al personal docente del sector oficial y sustento jurisprudencial

Con el fin de establecer si es procedente la aplicabilidad al presente caso de la Ley 1071 de 2006, por medio de la cual se subrogó la Ley 244 de 1995, el artículo 2º de dicha normativa precisó de manera expresa quienes son los beneficiarios de la aludida Ley, en los siguientes términos:

*“Artículo 2. **Ámbito de aplicación.** Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional del Ahorro”.*

En este punto, es menester para esta Sala señalar que este Tribunal a partir de la providencia del 11 de septiembre de 2014²¹, venía acogiendo la interpretación según la cual, la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 no resultaba aplicable a los docentes, por cuando el artículo 2º no hace referencia expresa a esta clase de servidores, como si lo hace respecto a otros empleados que tienen un régimen salarial y prestacional especial, esto, con base en algunos criterios expuestos en reiterados pronunciamientos emitidos por el órgano de cierre jurisdiccional, posición que además fue evaluada por el Honorable Consejo de Estado en sede de tutela, donde determinó que al no existir un razonamiento unificador por parte de la Sección Segunda al respecto, la anterior interpretación judicial resultaba razonable y jurídicamente fundamentada.

Sin embargo, en atención al pronunciamiento emitido por la H. Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-336 del 18 de mayo de 2017, con ponencia del Doctor IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO, estableció que los docentes oficiales deben ser considerados como empleados públicos, siéndoles aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial, en lo que tiene que ver

²⁰ Sentencias del 28 de enero de 2010, No. Interno: 2266-08, y 28 de junio de 2012 No. 1682-2011, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, entre otras.

²¹ Proceso radicado bajo el No. 730013333006201200018-02 (interno 0724-14) Demandante: Luz Mery Sánchez de Torres Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Magistrado ponente: Jaime Alberto Galeano Garzón.

con el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantías parciales o definitivas, es decir, que teniendo en cuenta esta premisa, es claro que el ámbito de aplicación de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, cobija a éste gremio; motivo por el cual, la Sala de Decisión, en ejercicio de autonomía e independencia judicial, determina modificar su criterio con el fin de garantizar los valores, principios y garantías constitucionales en materia laboral. En dicho fallo, el alto Tribunal Constitucional señaló:

“Sobre el particular, la Sala considera que aceptar un argumento como el señalado es dar prevalencia a una interpretación que no se acompasa con el concepto de las cesantías y su función social, en tanto acude a la taxatividad de la norma sin profundizar en la naturaleza, funciones y características de los docentes oficiales, sobre una postura que se soporta en argumentos materiales sobre la naturaleza propia de la labor desempeñada por los docentes, que les otorga un trato equivalente al de los empleados públicos, independientemente de que no estén catalogados de manera expresa como tales.”

“[...]”

“9.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías.

Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.

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

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989.

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

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

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

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

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

(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) ”.

Aunado a lo anterior, se tiene que la misma Corporación mediante sentencia C-486 de 2016, efectuó el estudio de constitucionalidad y declaró inexecutable el artículo 89 de la Ley 1769 de 2015²² “por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2016”, al interior de la cual precisó que era necesario adoptar una posición que se ajuste a los parámetros fijados por la guardiana constitucional, toda vez que, el artículo en mención, trasgredía los principios de unidad de materia presupuestal, al modificar los plazos para el pago de las cesantías parciales o definitivas de los docentes del magisterio y reducir el monto de los intereses por mora en el cumplimiento de esta obligación, tal y como se encuentra previsto en los artículos 4º y 5º de la Ley 1071 de 2006, decisiones que a juicio de la máxima instancia constitucional, resultan regresivas y atentan contra los derechos mínimos laborales de los trabajadores. Del mismo modo, indicó que la normativa aplicable al personal docente en materia de pago de cesantías y sanción moratoria, es la contemplada en la Ley 1071 de 2006, pues tales servidores deben ser considerados, para tales efectos, como servidores públicos:

“En conclusión, de acuerdo a la legislación y la jurisprudencia, los docentes oficiales han sido considerados como servidores públicos con características especiales.

²² “**Artículo 89.** Pago de Cesantías del Magisterio. El pago que reconozca el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG– por concepto de cesantías parciales o definitivas a sus afiliados se deberá realizar dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha en que quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación y pago de la prestación social solicitada.

A partir del día hábil sesenta y uno (61), se deberán reconocer a título de mora en el pago, intereses legales a una tasa equivalente a la DTF efectiva anual, causado diariamente por la suma no pagada.”

Sentencia de Segunda Instancia

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

En otros términos, cuando el artículo 19 de la ley 91 de 1989 establece que el pago de cesantías de los docentes oficiales estará regulado por la normatividad vigente, debe aplicarse lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sobre el pago de cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos.” (Subraya la Sala)

Finalmente, este criterio, ya fue reiterado por el Honorable Consejo de Estado en sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018²³, en el que se hizo un estudio detallado respecto de la naturaleza del empleo docente en el sector oficial, concluyendo que estos educadores prestan un servicio público esencial a cargo del Estado y en beneficio del interés general. De igual manera, se analizó la ubicación de los docentes dentro de la estructura orgánica del Estado, su forma de vinculación, ascenso y retiro de la carrera de docente, llegando a la siguiente conclusión:

“...para la Sección Segunda 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 oficiales, 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.

Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional...” (Negrillas de la Sala)

En síntesis, la directrices jurisprudenciales precitadas no hacen más que precisar que los docentes oficiales deben ser considerados como empleados públicos y, por ende, son destinatarios del régimen general en lo no estipulado en el régimen especial, por lo que sin lugar a duda los cobija la Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006, es decir, que les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la indemnización por la tardanza en liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías.

Teniendo como premisa los argumentos expuestos, que conducen a replantear la interpretación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes, considera esta Sala de Decisión que no existe ningún impedimento para efectuar el correspondiente estudio del *sub examine* entorno al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a favor del señor

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación (18 de julio de 2018) Sentencia CE-SUJ-SII-(012-2018), Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01 NI: 4961-2015. Actor: Jorge Luis Ospina Cardona.

JOSE MIGDONIO VIDAL MORALES, por sus servicios prestados al sector docente, siempre y cuando acredite los requerimientos establecidos para ello.

Vistos los fundamentos jurisprudenciales y legales que imperan en materia de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías de los docentes, la Sala a continuación abordará el examen del fondo del asunto.

2.7. Caso concreto

De conformidad con la relación cronológica reseñada en el acápite de hechos probados, se encuentra demostrado que al señor JOSE MIGDONIO VIDAL MORALES, a través de la Resolución 2689 del 4 de mayo de 2017, se le reconoció y se ordenó pagar las cesantías definitivas a las que tenía derecho por el tiempo de servicio que prestó como Rector Nacionalizado desde el 23/03/1981 al 01/01/2017, en esta liquidación se incluyeron como factores salariales: sueldo, s.s rector, s.s 2 jor 25%, P. navidad y P. vacaciones.

Consecutivamente, el 24 de noviembre de 2017 (fl. 3 C.Ppal.), decide el demandante interponer demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho atacando el acto administrativo que le reconoció y pagó las cesantías definitivas, sin agotar la reclamación administrativa, para que se le incluyera la prima de servicios en la liquidación de las cesantías definitivas, así como que se le pagará la sanción mora respecto del no pago de la prima de servicios.

De forma que en la sentencia apelada se accedió parcialmente a las pretensiones pues, se le reconoce la inclusión de la prima de servicios desde el año 2014 según el Decreto 1545 de 2013, que entro en vigencia en el Departamento del Tolima en el año 2014, es decir, que a la parte demandada se le ordenó pagar la diferencia del valor de las cesantías definitivas incluyendo la prima de servicios desde el año 2014 y hasta el momento en el que el señor VIDAL MORALES decidió retirarse del servicio.

Así mismo, el *a quo* considera por una parte acceder al reconocimiento y pago de la sanción moratoria y, por otro lado, se inhibe de pronunciarse de fondo en este sentido dado que no se solicitó la reclamación administrativa de la sanción mora ante la entidad demandada.

A su turno, la parte demandante decide interponer recurso de apelación solicitando que se revoque parcialmente la providencia, sustentado en el hecho que el no agotamiento de la vía administrativa se presentó porque si se solicitaba la reclamación previa, podría operar el fenómeno de caducidad para demandar el acto administrativo; manifiesta también el apoderado judicial que actuó de esta manera para evitar que el poderdante le compulsara copias por haber dejado vencer el término para demandar.

En este punto, sería del caso entrar a examinar el objeto del recurso de apelación interpuesto por el extremo demandante, consistente en determinar si es procedente el reconocimiento o no de la sanción moratoria.

Sentencia de Segunda Instancia

No obstante, al realizar un análisis de forma minuciosa, se advierte que no se obtuvo el pronunciamiento de la entidad demandada en vía administrativa, en torno a la pretensión del reconocimiento de la sanción mora, por lo tanto, esta Sala se abstendrá de hacer el pronunciamiento de fondo, y se inhibirá en ese sentido.

De otra parte, respecto a la reliquidación de las cesantías definitivas incluyendo la prima de servicios que fue concedida desde el año 2014 hasta el 2017 al señor JOSE MIGDONIO VIDAL MORALES, la sanción moratoria será procedente a partir del momento en que se omita el pago de la reliquidación a la que se accedió, y no desde antes, es decir, que en el escenario aquí expuesto no hay lugar para que prospere esta pretensión, dado que no ha existido mora en el mencionado pago.

Lo anterior en razón a que está siendo discutida la reliquidación de cesantías definitivas en vía judicial y el acto administrativo que las liquidó inicialmente se presume legal, todo esto quiere decir que el derecho hasta este momento se está creando y no se puede solicitar una sanción moratoria antes de ser discutido el mismo.

En vista de lo indicado en precedencia, se advierte que, en relación con la pretensión que va encaminada a lograr el reconocimiento y pago de la sanción moratoria surgida por el pago de las cesantías definitivas que le fueron reconocidas al señor JOSE MIGDONIO VIDAL MORALES, se requiere de un pronunciamiento previo por parte de la administración, y ese sentido este Tribunal constató que en el plenario no existió el agotamiento en vía administrativa.

En esa misma línea, el órgano de cierre de esta jurisdicción indico que, en el tema de reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a los docentes, se constituye como requisito de procedibilidad para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el agotamiento de la vía administrativa, mencionando al respecto a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en providencia emitida el 16 de septiembre de 2021, en el proceso identificado con el radicado: 20001-23-33-000-2014-00134-01(4526-15), actuando como demandante el señor Faride Arias Quintero y como extremo demandado Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Municipio de Valledupar, Magistrado Gabriel Valbuena Hernández:

“...Advierte la Sala que una vez se procede hacer el análisis de la indemnización moratoria deprecada en la demanda, se puede observar que esta no fue objeto de reclamación administrativa, por lo tanto, no es posible pronunciarse sobre esta solicitud subsidiaria, toda vez que ello implicaría una vulneración al debido proceso, pues resulta evidente que previo a demandar la accionante debió solicitar su reconocimiento ante la administración. (...) De lo anterior se colige, que el legislador consagró el agotamiento de la vía administrativa, como un requisito de procedibilidad para acceder a la administración de justicia de carácter obligatorio, siempre que se pretenda la nulidad de un acto administrativo de carácter particular y concreto en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que se entiende que el interesado deberá solicitar su reconocimiento ante la administración, previo acudir a la jurisdicción, salvo en los casos en que la autoridad administrativa no lo prevea.”

Sentencia de Segunda Instancia

Con todo, al carecer de vocación de prosperidad el cargo formulado en el recurso de apelación por la parte demandante, tendiente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, esta Corporación confirmará parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, fechada el 11 de mayo de 2020, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda por el Juez de primera instancia, de acuerdo a las consideraciones que anteriormente se señalaron.

Y en este sentido, se revocará el numeral cuarto de la sentencia recurrida, dado que el *a quo*, accedió a la sanción mora, contradiciéndose tanto en la parte considerativa como resolutive de la providencia objeto de apelación, lo anterior, en el sentido que esta Corporación se inhibe de resolver de fondo la pretensión encaminada a obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, como quiera que dentro de los antecedentes administrativos no se observa que el extremo demandante hubiera agotado la vía administrativa, situación que se corrobora en el escrito de apelación presentado por aquel, sin que se pueda omitir o subsanar para acudir directamente en vía judicial, como sucedió en el *sub judice*.

4. Condena en costas

En primer lugar, vale precisar que las costas procesales constituyen una carga económica que comprende, por una parte, las expensas, es decir, todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados (honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial, etc.) y, de otro lado, las agencias en derecho, correspondientes a los gastos efectuados por concepto de apoderamiento. Aunque las agencias en derecho representan una contraprestación por los gastos en que la parte incurrió para ejercer la defensa judicial de sus intereses, es al juez a quien corresponde fijarlos de acuerdo a las tablas que para el efecto expide el Consejo Superior de la Judicatura.

El artículo 188 del C.P.A.C.A. señala:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

La lectura del texto normativo permite establecer que el legislador eliminó la condición subjetiva de malicia o temeridad que debía observar el juez administrativo en la parte vencida para imponer la condena en costas con el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), ubicándose ahora en el plano puramente objetivo, en donde se deberá condenar en costas al vencido en el proceso, independientemente de las causas del vencimiento, es decir, sin entrar a examinar la conducta de las parte que promovió o se opuso a la demanda, incidente etc.; criterio adoptado por la Sección Segunda, Subsección A, del Honorable Consejo de Estado en sentencia del 7 de abril de 2016, M.P. William Hernández Gómez, entre otras, el cual, a su vez tiene fundamento en la sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, ratificó el criterio objetivo valorativo del artículo 365 del C.G.P.

A *contrario sensu*, no se acoge la interpretación establecida por las otras Secciones del Consejo de Estado, toda vez que estas hacen referencia a una valoración o ponderación subjetiva de la parte que resulte vencida en el proceso, verbigracia, temeridad, mala fe, y calidad de las partes (trabajador entendido como el extremo débil del litigio), aspectos que no condicionan la imposición de condena en costas reglada el artículo 365 del Código general del Proceso y 188 del C.P.A.C.A; si no que correspondían a conductas propias que debían ser apreciadas en vigencia del derogado decreto 01 de 1984 como presupuestos para emitir la condena en costas.

En el sub lite, como quiera que se ha resuelto desfavorablemente la alzada interpuesta por la parte demandante (Art. 365-1 C.G.P.), y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público (Art. 188 C.P.A.C.A), es menester de la Sala hacer la correspondiente condena en costas de segunda instancia a favor del extremo demandando, siempre que en el expediente se demuestre que se causaron y en la medida de su comprobación, para lo cual se fija la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho, y se ordena que por Secretaría del juzgado de origen se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

5. Síntesis

Así las cosas, y atendiendo los lineamientos trazados por la máxima instancia Constitucional en los pronunciamientos precitados, acogidos posteriormente por el Honorable Consejo de Estado, esta Corporación confirmará parcialmente la sentencia proferida el 11 de mayo de 2020, por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en concordancia con los planteamientos insertos en parte considerativa de este fallo.

En vista de lo anterior, este Tribunal revocará el numeral cuarto de la sentencia recurrida, para en su lugar inhibirse de resolver de fondo la pretensión enfocada al pago de la sanción moratoria, en la medida que no hay lugar al reconocimiento de suma de dinero por este concepto, dado que no existió el agotamiento de vía administrativa para ello.

En consecuencia, se proferirá la siguiente...

DECISIÓN

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

Primero: **CONFÍRMASE PARCIALMENTE** la sentencia apelada proferida el 11 de mayo de 2020 por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, por medio de la cual se accedió parcialmente a las súplicas de

la demanda, en consonancia con las consideraciones expuestas en parte motiva de la presente sentencia.

Segundo: **REVOCAR** el numeral cuarto de la sentencia recurrida, para en su lugar inhibirse de resolver de fondo la pretensión enfocada al pago de la sanción moratoria, conforme a las consideraciones realizadas en precedencia.

Tercero: **CONDÉNASE** en costas de la segunda instancia al señor JOSE MIGDONIO VIDAL MORALES conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., siempre que en el expediente se demuestre que se causaron y en la medida de su comprobación, se fija el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, por concepto de agencias en derecho, y se ordena que por Secretaría del juzgado de origen se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

Tercero: Una vez en firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen para lo de su competencia.

Ésta providencia fue estudiada y aprobada en Sala del día veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado

JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado

CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Arturo Arturo Mendieta Rodriguez Rodriguez
Magistrado

Oral 4

Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima

Código de verificación: **de733cfad16767700d189bf0f67c1fc02d82e609178eedbd0a1b93d7239d11a8**

Documento generado en 02/05/2022 11:18:22 AM

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