Rama Judicial
República de Colombia

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO MIXTO
DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ – TOLIMA

TEMA	SANCIÓN MORATORIA DE DOCENTES
RADICACIÓN	73001-33-33-012-2017-00069-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	LIGIA OÑATE GARCIA
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y OTRO
ASUNTO	**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Ibagué, **dieciséis (16) de agosto de dos mil diecinueve (2019)**

Procede el Despacho a resolver la presente medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** formulada por la señora **LIGIA OÑATE GARCIA**, por intermedio de apoderado judicial, en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG)** y el **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**, mediante la cual solicita un pronunciamiento judicial favorable sobre las siguientes,

1. PRETENSIONES

PRIMERA: Declarar la nulidad del Oficio SAC: 2016RE12971 del 25 de octubre de 2016, por medio del cual se niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, establecida en la Ley 1071 de 2006 equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados a partir del vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de cesantía ante la demandada.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, y en restablecimiento del derecho se proceda a ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Tolima a reconocer y pagar a favor del accionante, la sanción moratoria a razón por un día de retardo en el pago de las cesantías en los términos de la Ley 244 modificada por la Ley 1071 de 2006, a partir del momento en que se radicó la solicitud de reconocimiento de cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago.

TERCERA: Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

CUARTO: Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria referida en el numeral anterior, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 del 2011 C.P.A.C.A., tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

QUINTO: Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que dé cumplimiento en lo que corresponda al fallo, en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 del 2011 C.P.A.C.A.

SEXTO: Condenar en costas a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Tolima. (Fls.16-17).

El anterior *petitum* lo fundamenta el apoderado del actor en los siguientes:

2. HECHOS

PRIMERO: El 23 de septiembre de 2013, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías, por laborar como docente al servicio del Departamento del Tolima.

SEGUNDO: Por medio de la Resolución No. 6413 del 23 de diciembre de 2013 le fue reconocida la cesantía solicitada.

TERCERO: La cesantía fue pagada el día 10 de abril de 2014, por intermedio de entidad bancaria.

CUARTO: Luego de haber solicitado el reconocimiento y pago de la sanción moratoria indicada a la entidad que aquí se demanda, ésta resolvió negativamente la petición presentada, por medio del Oficio No. SAC2016RE12971 del 25 de octubre de 2016 (Fls. 17-18).

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se indicaron las siguientes normas como vulneradas por el acto administrativo:

- Ley 91 de 1989: Artículos 5, 9 y 15.
- Ley 244 de 1995: Artículos 1 y 2.
- Ley 1071 de 2006: Artículos 4 y 5.
- Decreto 2831 de 2005.

Como concepto de violación, expuso la profesional del derecho, que en el presente caso, la entidad demandada no dio cumplimiento a los mandatos contenidos en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, como quiera que dicha normatividades regulo el termino para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales y definitivas, conformado un término de 15 contados a partir de la radicación de la solicitud y los siguientes 45 días para proceder el pago del servidor público.

Además señala, que la jurisprudencia del máximo organismo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha establecido un término de 70 días para el reconocimiento y pago de las cesantías, y que dicho término empieza a correr una vez haya sido radicada la solicitud ante la entidad demandada; así mismo señala, que la entidad accionada no cancela dentro dicho término, se genera para la entidad una sanción moratoria, equivalente a un día (1) de salario por cada día de retardo que se empieza a contabilizarse desde el momento en que se venció el termino de los 70 días, hasta la fecha efectiva del pago de las cesantías.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG), contestó la demanda dentro del término legal, oponiéndose a las pretensiones, señalado que una parte de los hechos no eran ciertos y los restantes si eran ciertos. Como excepciones formuló: ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; régimen prestacional independiente e inaplicabilidad de la Ley 1071 del 2006 al gremio docente; prescripción, inexistencia de vulneración de principios legales; inexistencia del 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 el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado y la innominada (Fls. 43-50).

El DEPARTAMENTO DEL TOLIMA contestó la demanda dentro del término legal, oponiéndose a las pretensiones, señalando que la mayoría de los hechos eran ciertos. Como excepciones propuso las siguientes: Cobro de lo no debido y reconocimiento oficioso de excepciones (Fls. 59-62).

5. ACTUACIÓN PROCESAL

A la demanda se le imprimió el trámite establecido en el artículo 179, en las que se surtieron las siguientes actuaciones:

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 19 de mayo de 2017 (Fl. 32), contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG)**, efectuándose las notificaciones de rigor (Fls. 34-41).

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) contestó la demanda dentro del término legal y propuso excepciones (Fls. 43-50).

A través de la providencia del 18 de septiembre de 2017 (Fl. 42) se ordenó la vinculación del DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, efectuándose las notificaciones de rigor (Fls. 57-58)

El Departamento del Tolima contestó la demanda dentro del término legal y propuso excepciones (Fls. 59-62).

De las excepciones se corrió traslado por el término de 3 días a la parte demandante y esta guardó silencio (Fl. 80).

Surtido el tramité anterior, mediante providencia del 28 de marzo de 2019 se fijó fecha para realizar la audiencia del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011(Fl. 83). El 30 de julio del año en curso, se realizó la audiencia; declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva y se ordenó la desvinculación del Departamento del Tolima; a continuación se procedió a fijar el litigio y se decretaron las pruebas. Finalmente, se corrió traslado para alegar, derecho del cual hicieron uso las partes, la parte actora se ratificó en los argumentos expuestos la demanda, así mismo la parte demandada; el agente del Ministerio Público procedió a emitir concepto, en el que señaló que resultada procedente acceder a las pretensiones de la demanda, teniendo como base lo señalado en la sentencia de Unificación del Honorable Consejo de Estado (Fls. 92-99).

Ahora bien, Cumplidos los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia y, dado que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del C.P.A.C.A., en el

desarrollo de las etapas procesales se ejerció un control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna por las partes u observarse por el Despacho vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso e impidan proferir sentencia de fondo, procede el Despacho a proferir la sentencia de primera instancia que en derecho corresponda.

6. CONSIDERACIONES

6.1. DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO

En consideración a que las excepciones propuestas en el presente asunto denominadas *(I) Buena Fe (II) Régimen prestacional independiente e inaplicabilidad de la Ley 1071 del 2006 (III) Prescripción, (IV) Inexistencia de vulneración de principios legales y (V) Genérica*, tiene relación directa con el fondo del asunto, su estudio y decisión se realizará al momento de analizar la pretensión anulatoria.

6.2. PROBLEMA JURÍDICO

Se circunscribe en determinar si la señora **LIGIA OÑATE GARCIA** tiene derecho a que se le reconozca y cancele la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías de conformidad con la Ley 1071 del 2006 que modificó la Ley 244 de 1995.

6.3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

6.3.1. LA SANCIÓN MORATORIA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

La sanción moratoria ha sido definida por el máximo organismo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo como una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la citada Ley. Asimismo, determinó que de conformidad con la normatividad que rige la materia, se distinguen dos momentos diferentes que obedecen a situaciones distintas: uno es el momento de la liquidación del auxilio y otro el momento del pago del mismo previamente liquidado, es decir, que la indemnización moratoria se causa cuando la administración retarda el pago del auxilio de cesantías que se ha reconocido mediante un acto administrativo en firme[1].

Cabe señalar, el Congreso de la Republica expidió la Ley 244 de 1995, por medio del cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, la cual fue modificada por la Ley 1071 de 2001, que fijo un término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías a los servidores públicos, el cual se circunscribe a quince (15) días contados a partir de la presentación de la solicitud de liquidación de dicha prestación, para expedir la resolución correspondiente[2] y, una vez quede ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento, se tienen cuarenta y cinco (45) días para efectuar el pago, estableciendo a su vez,

[1] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de marzo 27 de 2008, Radicación No. 20001-23-31-000-2002-00012-01(6050-05), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
[2] "ARTÍCULO 4o. TÉRMINOS. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley..."

una sanción moratoria por el incumplimiento de éste último plazo, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo[3].

De la anterior normatividad, se logra concluir por parte de esta instancia judicial, que los servidores públicos tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, cuando estas fueron reconocidas y canceladas de manera tardía.

6.3.2. DOCENTES OFICIALES Y LAS CESANTIAS.

Ahora bien, esta Instancia judicial procede a establecer si los docentes oficiales son servidores públicos o no. Al respecto, el máximo organismo de la Jurisdicción Constitucional[4] ha expresado lo siguiente:

> "El Pleno de este Tribunal reiteró el consenso existente en la doctrina y la jurisprudencia sobre el concepto de empleados públicos y señaló: **(i) que los empleados públicos son un subconjunto de otro mayor, el de los denominados servidores públicos, que es el término más genérico y comprehensivo que el texto constitucional utiliza para referirse al conjunto de empleados y funcionarios del Estado en sus distintas ramas; (ii) que ese grupo comprende cargos que, aunque desde distintos niveles, tienen en común el ejercicio de funciones típicamente administrativas, entre ellos los funcionarios elegidos para un período fijo, los de libre nombramiento y remoción y los de carrera administrativa, conformando así el grupo más numeroso de servidores públicos; (iii) que frente a las otras especies de empleados oficiales de que hablan los artículos 123 y 125 del Texto Superior, los empleados públicos conforman una categoría residual, a la que pertenecerían todos aquellos funcionarios del Estado que no encuadran en ninguno de tales grupos**.
>
> Aclarado lo anterior, la Corte explicó que los educadores oficiales no están expresamente rotulados dentro de ninguna de estas categorías; sin embargo, **el Estatuto Docente vigente al momento de expedirse la actual Constitución los definió como empleados oficiales de régimen especial, mientras que la primera Ley Orgánica de Distribución de Competencias y Recursos y la Ley General de Educación, expedidas con posterioridad a ella, de manera coincidente los denominaron servidores públicos de régimen especial.** A juicio de esta Corporación, estas definiciones pueden ser asumidas como de contenido equivalente, en tanto las diferencias existentes en cuanto al término inicial de cada una de ellas corresponderían a lo que en cada momento ha sido la forma más genérica de denominar a las personas que prestan sus servicios al Estado.
>
> Conforme a lo anterior, **este Tribunal adujo que según se desprende de la propia naturaleza y del régimen legal que les es aplicable, podrían considerarse como notas características del trabajo de los docentes oficiales: (i) el hecho de pertenecer a la rama ejecutiva y cumplir dentro de ella una tarea típicamente misional respecto de la función que compete a las secretarías de educación de las entidades territoriales y, en su momento, al Ministerio de Educación Nacional; (ii) se encuentran sujetos a un régimen de carrera su vinculación se produce por efecto de un nombramiento, que en consecuencia da lugar a lo que el derecho administrativo conoce como una relación legal y reglamentaria; y (iii) por esas mismas razones, los educadores estatales no podrían ser considerados trabajadores oficiales.**

---

[3] "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**...." (Resaltado del Despacho).

[4] Sentencia SU 336 del 18 de mayo de 2017, M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

Visto lo anterior, indicó que "**existen importantes semejanzas, incluso identidades, entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que, según se explicó, son propias del trabajo de los docentes oficiales**", entre ellas, cumplir tareas propias y típicas de entidades administrativas y la circunstancia de ser empleados de carrera, que se vinculan previo concurso, a través de un acto administrativo de nombramiento. Así mismo, consideró que "**el carácter residual que según se explicó tiene esta categoría frente a las demás especies de servidores públicos, permite también considerar que en tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de esas otras especies, han de ser considerados empleados públicos a los efectos de que su régimen salarial y prestacional sea fijado mediante decretos expedidos a partir de leyes marco**".

(...).

De ese modo, **esta Corporación entendió a los docentes como asimilables a los empleados públicos**." (Destacado en negrilla por el Despacho)

Tal postura, fue ratificada por el máximo organismo de Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo[5], que señalo:

"(...).

79. Como tercer punto, una vez analizadas las normas que establecen el régimen jurídico de la educación en Colombia, es evidente la distribución de competencias del sector central – la Nación, a las entidades territoriales, en virtud del principio de la descentralización administrativa, y en atención a que la vinculación de los docentes se ha realizado a través de un órgano de la administración bien sea del orden nacional o departamental, todo ello con el fin de garantizar el efectivo y eficiente ejercicio del servicio público de educación que busca no solo el cumplimiento de la función pública, sino la materialización de los fines esenciales del Estado.

80. Y finalmente, en atención al régimen especial laboral de los educadores que prestan sus servicios al Estado, cuya vinculación al servicio se efectúa a través de concurso público, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como el ascenso, la permanencia y el retiro se encuentran regulados a través de la carrera administrativa prevista por el Estatuto de Profesionalización Docente contenido en el Decreto 1278 de 2002, se establece que su relación laboral es de carácter legal y reglamentaria.

81. Con fundamento en lo expuesto, **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.**

82. Por lo anterior, **la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 199595 y 1071 de 200696, 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**." (Negrilla del Juzgado).

[5] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 18 de julio de 2018, Radicación No. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Del anterior análisis jurisprudencial, de la Honorable Corte Constitucional y del Honorable Consejo de Estado, se logra concluir por parte de esta instancia judicial que los docentes oficiales, son una categoría especial de empleados públicos, como quiera que ellos no son vinculados a través de un contrato de laboral, sino a través de un concurso de méritos para poder ingresar a la carrera de docentes y, por consiguiente, su relación laboral es a través de una relación legal y reglamentaria.

Ahora bien, cabe señalar el artículo 1° de la Ley 91 de 1989, distinguió entre docentes nacionales y nacionalizados de la siguiente manera:

> "**Artículo 1.** Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:
>
> Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.
>
> Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.
>
> Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.
>
> **Parágrafo.** Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad."

Así mismo, el artículo 15 numeral 3 de la Ley 91 de 1989, estableció el régimen de cesantías de los docentes nacionales y nacionalizados:

> "**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 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 periodo**. 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.**" (Negrilla fuera de texto).

De la anterior normatividad, se logra concluir por parte de este Despacho, que los docentes oficiales tienen dos regímenes para el pago de las cesantías, el primero, es el régimen anualizado, al cual tienen derecho los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y, el segundo, es el régimen retroactivo, al cual tienen derecho los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de enero de 1989.

En ese orden de ideas, los docentes oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria cuando el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, no ha dado cumplimiento a los términos establecidos en la Ley 1071 de 2001, conforme lo dispuesto en la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018[6], que expuso lo siguiente:

> **"193. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:**
>
> 3.5.1 Unificar jurisprudencia en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.
>
> 3.5.2 Sentar jurisprudencia **precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley**, o cuando no se profiere; **la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.**
>
> 194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley 175 para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.
>
> 195. De otro lado, también se sienta jurisprudencia precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, **los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.**
>
> 3.5.3 Sentar jurisprudencia señalando que, tratándose de cesantías definitivas, **el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.**
>
> 3.5.4 **Sentar jurisprudencia, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria.** Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA." (Destacado en negrilla por el Despacho).

[6] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 18 de julio de 2018, Radicación No. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

6.4. HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

Revisada la foliatura, se advierte que se encuentran los siguientes supuestos de hecho relevantes para tomar la decisión respectiva:

1. La señora **Ligia Oñate García** ostenta la calidad de docente nacionalizado, con régimen de cesantías retroactivo (Fls. 8-9).

2. Mediante **Resolución N° 06413 del 23 de diciembre de 2013**, expedida por el Secretario de Educación y de Cultura del Departamento del Tolima – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), ordenó el reconocimiento y pago a la señora **Oñate García** la suma de $ 116.528.523.oo, por concepto de liquidación definitiva de cesantías (Fls. 4-5).

3. Con **oficio del 25 de septiembre de 2014**, expedido por el Director de Afiliaciones y Recaudaciones del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A., se le informa a la demandante que los dineros correspondientes al reconocimiento del retiro definitivo de las cesantías se encuentran a su disposición desde el 10 de abril de 2014 (Fl. 6).

4. Escrito presentado el día 18 de octubre de 2016, por intermedio de apoderado de la señora Oñate García, solicita el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, por el no pago oportuno de las cesantías definitivas (Fls. 9-10).

5. Que mediante **Oficio SAC 2016RE12971 del 25 de octubre de 2016**, expedido por el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se informa a la parte actora que la entidad encargada del pago de las prestaciones sociales a los educadores afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que son realizadas por los Secretarios de Educación son pagadas por la FIDUPREVISORA S.A. (Fl. 11).

6.5. CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta la anterior normatividad y jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional y del Honorable Consejo de Estado, procede esta instancia judicial a establecer si la señora **Ligia Oñate García** tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria de conformidad con lo establecido en la Ley 1071 de 2006.

Advierte este Despacho que la accionante **solicitó el 23 de septiembre de 2013**, el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas; a través de la **Resolución No. 06413 del 23 de diciembre de 2013**, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Regional Tolima, reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas de la señora **Oñate García.**

Ahora bien, la Ley 1071 de 2001 determina que los 45 días para realizar el pago de las cesantías, se cuentan a partir del día siguiente a aquel en que el acto administrativo quedo en firme, para el caso en concreto, se tiene que el acto administrativo por medio del cual se ordena el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas del accionante, se debió haberse expedido el **15 de octubre de 2013**, más los 10 días hábiles correspondientes a la ejecutoria, el cual vencía el **29 de octubre 2013** y, finalmente el termino de los 45 días se culminaban el **7 de enero de 2014**, para el pago de la **cesantías definitivas**.

De lo anterior, se logra concluir por parte de esta instancia judicial que en el presente caso, la señora **Ligia Oñate García**, sí tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, como quiera que, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG),

canceló de manera inoportuna las cesantías definitivas de la accionante, ya que esta debió ser consignada a más tardar el **7 de enero de 2014**.

En consecuencia, a partir del día siguiente, es decir, el **8 de enero de 2014** empezó a correr el término de la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo hasta la fecha que haga efectivo el pago, el cual se presentó el **10 de abril de 2014**.

Visto lo anterior, la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria equivalente a **91 días** del salario básico devengado año 2013[7] por tratarse de **cesantías definitivas**.

Cabe señalar por parte de esta instancia judicial, que las sumas de dineros aquí ordenadas, no es procedente realizar la correspondiente indexación, conforme lo expuesto por la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, proferida por el Honorable Consejo de Estado.

Por consiguiente, este este Despacho Judicial declarara no probada las excepciones de: Régimen prestacional independiente e inaplicabilidad de la Ley 1071 del 2006 e inexistencia de vulneración de principios legales propuesta por la apoderada de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y, en consecuencia, se declara la nulidad del **Oficio SAC2016RE12971 del 25 de octubre de 2016**, expedido por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

6.6. PRESCRIPCIÓN

Respecto al fenómeno de la prescripción en el tema de estudio, el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación Jurisprudencial CESUJ004 del 25 de agosto de 2016, señaló en torno al particular, que resulta aplicable el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, al señalar:

> Prescripción de los salarios moratorios.
>
> Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación "cesantías".
>
> Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.
>
> Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles
>
> Siendo así y como quiera que las Subsecciones Ay B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, síes del caso precisar que la norma que

[7] Conforme lo establece la Sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 (4961-15) al tratarse de cesantías parciales se deberá tener en cuenta, para efectos de calcular la sanción moratoria, la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo

se hade invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

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

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 , previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990." (Negrillas del Despacho).

De conformidad con el artículo anterior, el demandante contaba con tres (3) años para reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de su cesantía parcial, contados desde que la respectiva obligación se hizo exigible, por lo cual el simple reclamo escrito de trabajador, recibido por el empleador, interrumpe la prescripción por un lapso igual.

En el presente asunto, la señora **Ligia Oñate García**, tiene el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria a partir **8 de enero de 2014**; a través de apoderado la accionante reclamó el pago de dicha prestación social, el día **18 de octubre de 2016**[8], la cual fue negada mediante **Oficio SAC 2016RE12971 del 25 de octubre de 2016**[9]; por consiguiente, no ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción.

7. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código General del Proceso.

Así pues, el Código General del Proceso, en su artículo 365, en cuanto a la condena en costas establece en su numeral 5° que en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

Este Despacho dará aplicación al numeral citado, teniendo en cuenta que si bien, se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho, en el presente asunto se accedió parcialmente al reconocimiento de las pretensiones de la demanda, pues si bien se ordenó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, se negará la indexación de las sumas resultantes conforme lo establecido en la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, proferida por el Honorable Consejo de Estado, razón por la cual, el juzgado se abstendrá de condenar en costas a esta última.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué, Administrando Justicia en Nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

---

[8] Folios 9-10
[9] Folio 11.

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR no probada las excepciones de régimen prestacional independiente; inaplicabilidad de la Ley 1071 del 2006 y prescripción, propuestas por la apoderada de la parte demandada – Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG).

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio SAC2016RE12971 del 25 de octubre de 2016**, expedido por la Secretaria de Educación y Cultura del Departamento del Tolima – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG), al pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las **cesantías definitivas** a favor de la señora **LIGIA OÑATE GARCIA**, a partir del **ocho (08) enero de dos mil catorce (2014)** de un (01) día de salario por cada día de retardo hasta la fecha que haga efectivo el pago, el cual se presentó el **diez (10) de abril de dos mil catorce (2014),** es decir, la suma equivalente a noventa y un (91) días del salario devengado en el año 2013.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

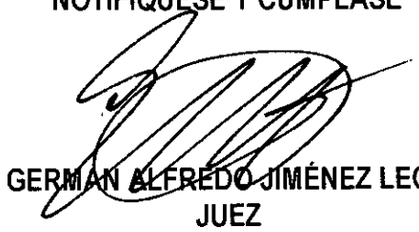
SEXTO: A esta sentencia se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 192, 193 y 195 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: Por Secretaría efectúese la entrega de los remanentes que por concepto de gastos ordinarios del proceso, existan a favor del accionante.

OCTAVO: Una vez en firme esta providencia, efectúense las anotaciones en el sistema y archívese el expediente.

NOVENO: NOTIFÍQUESE esta sentencia de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A. Se advierte que contra la misma procede el recurso de apelación dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación (Art. 247 Ibídem).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GERMAN ALFREDO JIMÉNEZ LEÓN
JUEZ