



TEMA	SANCIÓN MORATORIA DE DOCENTES
RADICACIÓN	73001-33-40-012-2017-00054-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	MARÍA ISABEL URUEÑA BASTO
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA
ASUNTO	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

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

1. PRETENSIONES

PRIMERA: Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. SAC 2016RE10982 del 5 de septiembre 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 reconocimiento de cesantía ante la demandada y hasta que se hizo efectivo el pago.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Tolima a reconocer y pagar 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 que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago.

TERCERA: Así mismo, condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a la demandante se proceda a pagar los ajustes del valor conforme al I.P.C.

CUARTA: Ordenar a la entidad demandada a que dé cumplimiento a lo dispuesto en el fallo dentro del término consignado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

El anterior *petitum* lo fundamenta el apoderado de la actora en los siguientes:

2. HECHOS

PRIMERO: Aduce que el 9 de mayo de 2013, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías, por laborar como docente al servicio de Departamento del Tolima.

SEGUNDO: Que a través de la Resolución No. 3724 del 27 de agosto de 2013 le fueron reconocidas las cesantías solicitadas.

TERCERO: Manifiesta que las cesantías fueron pagadas mediante consignación bancaria el 3 de octubre de 2013.

CUARTO: Que mediante oficio No. SAC 2016RE10982 del 5 de septiembre de 2016, notificado el día 12 de septiembre siguiente, se le negó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

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 el profesional del derecho que el pago de las cesantías a los docentes resulta ser una situación jurídica susceptible de ser reconocida en sede judicial, por cuanto han sido las mismas entidades las que han menoscabado las disposiciones que regulan la materia, incurriendo en una mora injustificada para el pago de las cesantías, situación que no se presenta con los demás empleados estatales.

Aduce que pese a lo anterior, en el presente caso la entidad demandada no dio cumplimiento de los mandatos contenidos en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, como quiera que dicha norma señala que la entidad pública debe proferir el acto administrativo dentro los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud; y, cuando se encuentre en firme el acto administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene un término de 45 días para cancelar dicha prestación social, circunstancia que no aconteció en el sub examine por lo cual resulta procedente establecer una sanción a cargo de la entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo al vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de reconocimiento de cesantías, conforme se establece además en pronunciamientos reiterativos del H. Consejo de Estado.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO contestó la demanda dentro del término legal, oponiéndose a las pretensiones, señalando que una parte de los hechos no eran ciertos y los restantes no eran hechos sino supuestos de Ley.

Aduce que el acto administrativo demandado se ajusta a derecho, como quiera que la prestación fue reconocida en debida forma y siguiendo los lineamientos de ley. Deja en claro que la mora presentada no resulta imputable a la entidad, por cuanto no es esta la que profiere los actos administrativos de reconocimiento y pago de prestaciones sociales, pues quien debe reconocer y ordenar tal pago son las secretarías de educación territoriales como autoridad nominadora y responsable de las prestaciones sociales de los docentes a su cargo.

Como excepciones formuló aquellas que denominó "Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación- Ministerio de Educación

Nacional, 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 genérica. (Fls. 41-48).

Por otra parte el **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA** al ser vinculado y notificado de la presente demanda presentó la debida contestación, manifestando su oposición a la totalidad de las pretensiones incoadas al considerar que las mismas carecen de fundamentos de hechos y de derecho, pues las prestaciones sociales son reconocidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad creada por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial y contable, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Educación Nacional y no el Departamento del Tolima.

Sumado a lo anterior, el apoderado hace una exposición de las normas que regulan el tema entre las que se encuentran la Ley 91 de 1989, la Ley 965 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005 para concluir con ello que la Secretaría de Educación es una entidad intermediaria encargada únicamente de desarrollar unas actividades de carácter particular actuando en representación de la entidad del nivel nacional.

Propuso como excepciones aquellas que denominó Cobro de lo no debido y genérica. (Fls 60-63)

5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del 31 de marzo de 2017, ordenándose notificar a la entidad demandada Nación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fls. 30-31).

La entidad contestó la demanda dentro del término legal, formulando excepciones (Fls. 41-48).

Posteriormente, a través de providencia del 10 de noviembre de 2017 se corrigió el auto proferido el 31 de marzo de 2017 y en consecuencia se dispuso vincular al Departamento del Tolima al proceso ordenando su notificación. (Fl 56)

Una vez notificado legalmente, el Departamento del Tolima contestó la demanda proponiendo excepciones. (Fls 60-63)

De las excepciones propuestas por la parte demandada se corrió traslado a la parte demandante quien guardó silencio. (Fl. 86).

Posteriormente, mediante proveído del 21 de septiembre de 2018 se resolvió negativamente la solicitud de integración del litis consorcio necesario frente a la FIDUPREVISORA presentada por la Nación- Ministerio de Educación- FOMAG. (Fls 87-89)

Finalmente, a través de auto del 28 de marzo de 2019 se fijó fecha para adelantar la audiencia inicial, la cual efectivamente se adelantó el día 31 de julio del mismo año, momento en el que se aceptó la solicitud de desistimiento de excepciones presentada por la apoderada del FOMAG, se fijó el litigio, se incorporaron las pruebas y se escucharon los alegatos de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por los extremos procesales quienes se ratificaron en los argumentos expuestos tanto en la demanda como en su contestación, y por el agente del Ministerio

Público quien emitió su concepto favorable en relación con las pretensiones de la demanda. (Fls. 94-100).

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 y que no fueron objeto de pronunciamiento en la audiencia inicial, denominadas “Régimen prestacional independiente e inaplicabilidad de la Ley 1071 del 2006 al gremio docente; Prescripción; Inexistencia de vulneración de principios legales y Cobro de lo no debido”, tienen relación directa con el fondo del asunto, su estudio y decisión se realizará al momento de analizar la pretensión anulatoria.

6.2. PROBLEMA JURÍDICO

El mismo se circunscribe en determinar si la señora MARÍA ISABEL URUEÑA BASTO 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 firme¹.

Cabe señalar que 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 a su vez fijo un término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías a los servidores públicos, circunscrito a quince (15) días contados a partir de la presentación de la solicitud de liquidación de dicha prestación, para expedir la resolución correspondiente² 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 retardo³.

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 Constitucional⁴ 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 periodo 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 Administrativo⁵, que señaló:

“(…).

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 extracto jurisprudencial emanado 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).

Se advierte de lo anterior, 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; frente a ello, el Consejo de Estado ha dispuesto en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018⁶ 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).

6.4. HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

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

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.

1. Que la señora **MARÍA ISABEL URUEÑA BASTO** ostenta la calidad de docente nacional, con régimen de cesantías anualizado. (Fls. 7-9).

2. Mediante Decreto No. 14 del 2 de febrero de 1994, el Alcalde Municipal de Rovira- Tolima, nombró a la señora Urueña Basto como docente en propiedad en la Escuela Rural Alto Bonito del Municipio, posesionándose el día 9 de febrero de 1994. (Fls. 72-75).

3. Con Resolución No. 3724 del 27 de agosto de 2013, expedida por el Secretario de Educación y de Cultura del Departamento del Tolima, se ordenó el reconocimiento y pago a la demandante de la suma de \$16.933.812.00, por concepto de liquidación parcial de cesantías con destino a compra de vivienda. (Fls. 4-5).

4. Certificación de pago de cesantía, expedido por la Directora de Afiliaciones y Recaudos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A., en la cual informa a la señora María Isabel Urueña que los dineros correspondientes al reconocimiento del retiro parcial de las cesantías se encuentran a su disposición a partir del 3 de octubre de 2013 (Fl. 6)

5. Escrito presentado el día 12 de agosto de 2016 por la señora María Isabel Urueña Basto a través de apoderado judicial, en el cual solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 1071 de 2006 y Ley 244 de 1995, por el no pago oportuno de las cesantías parciales (Fls. 10-11)

6. Oficio N° SAC 2016RE10982 del 5 de septiembre de 2016, expedido por el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, en donde 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., por lo que no resulta procedente acceder a la solicitud incoada. (Fl. 12).

6.5. CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta la normatividad y jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional y del Honorable Consejo de Estado traída a colación anteriormente, procede esta instancia judicial a establecer si la señora **MARÍA ISABEL URUEÑA BASTO** 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 demandante solicitó el **9 de mayo de 2013**, el reconocimiento y pago de las cesantías parciales con destino a compra de vivienda, las cuales fueron reconocidas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Regional Tolima, a través de la **Resolución No. 3724 del 27 de agosto de 2013**.

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 por medio del cual se ordena el reconocimiento y pago de las cesantías parciales de la accionante, se debió haber expedido a más tardar el **31 de mayo de 2013**; sumados los 10 días hábiles correspondientes a la ejecutoria, los mismos vencían el **18 de junio de 2013**. Finalmente el término de los 45 días culminaba el **23 de agosto de 2013**, para el pago de las cesantías parciales.

De lo anterior, se logra concluir por este operador judicial que en el presente caso la señora María Isabel Urueña 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

tardía las cesantías parciales de la accionante, pues como ya fue señalado, estas debieron ser consignadas a más tardar el **23 de agosto de 2013**.

En consecuencia, a partir del día siguiente, es decir el **24 de agosto de 2013**, empezó a correr el término de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo hasta la fecha que se hizo efectivo el pago, lo cual aconteció el **3 de octubre de 2013**.

Visto lo anterior, el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria equivalente a **39 días** del salario devengado en el año 2013⁷ por tratarse de cesantías parciales.

Cabe señalar por parte de esta instancia judicial, que frente a las sumas de dineros aquí ordenadas no resulta 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.

En consecuencia de lo anterior, este Despacho declarará la nulidad del **Oficio SAC 2016RE10982 del 5 de septiembre de 2016**, expedido por el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) y ordenará a su vez a la misma entidad, el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías parciales a la demandante.

Ahora bien, en este punto resulta pertinente indicar que frente al pago de las prestaciones sociales a favor de los docentes, el Decreto 2563 de 1990 en su artículo 7º determinaba que las mismas estarían a cargo de la Nación y serían pagadas por intermedio del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Esta obligación se mantuvo igualmente en la Ley 91 de 1989, que preceptuó:

“ARTÍCULO 2o. De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

(...)

5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;...” (Resaltado del Despacho)

Así mismo, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, estableció:

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

Cabe mencionar que en relación con el pago de la sanción moratoria, el órgano de cierre administrativo Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en

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

sentencia del 14 de febrero de 2019 con ponencia del Dr. Rafael Francisco Suarez Vargas, consideró lo siguiente⁸:

“Además, se precisa que la sanción se impondrá con cargo al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por todo el tiempo de la mora, pues es la autoridad encargada del pago de la prestación. En reciente pronunciamiento de la Sala, en torno a esa responsabilidad se señaló lo siguiente:

En el presente caso se observa que, tal como lo señaló el *a quo* no es procedente la vinculación del Departamento de Santander y del Municipio de Floridablanca, toda vez que conforme lo expuesto en precedencia, la obligación de reconocimiento y pago de las cesantías de la demandante, le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y no a las entidades territoriales.

Estas últimas únicamente tienen a su cargo elaborar el proyecto de resolución de reconocimiento para que sea aprobado o improbadado por la entidad fiduciaria y es **el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el obligado a efectuar o materializar el pago que de la suscripción del acto emane.**

Así pues, el Despacho rectifica la posición asumida mediante providencia de 11 de diciembre de 2017, y reitera la interpretación pacífica de la Sección Segunda del Consejo de Estado, consistente en que en los procesos judiciales de nulidad y restablecimiento del derecho promovidos ante esta jurisdicción contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los que se discuta el reconocimiento de prestaciones sociales, **no es procedente la vinculación de las entidades territoriales.**

Esto, ya que **las consecuencias económicas que se deriven de los actos administrativos proferidos en virtud de la desconcentración administrativa dada en la secretarías de educación territoriales de los entes certificados, radican única y exclusivamente en la Nación –Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.** (Resalta la Sala).

Siguiendo esa línea, la Sala declarará probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del departamento del Tolima.

Precisado lo anterior, se analizará la situación del demandante, a fin de establecer si la administración incurrió en mora en la consignación de sus cesantías parciales y, por ende, determinar si tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por la tardanza en el pago de esa prestación.”

Apoyado en lo anterior, concluye este operador judicial, que si bien es cierto las entidades territoriales certificadas a través de las Secretarías de Educación y la Fiduprevisora S.A. son quienes dictan los actos administrativos de reconocimiento y realizan el pago de las prestaciones a los docentes, tal función se adelanta en aras de racionalizar los trámites necesarios, ya que los entes territoriales a través de sus respectivas dependencias actúan en orden y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y por consiguiente, requiere de la aprobación de quien administra el mencionado fondo.

Por tal motivo, es claro que el Departamento del Tolima carece de legitimación en la causa por pasiva para acudir al presente debate procesal, por lo cual este Despacho de forma oficiosa así lo declarará en la parte resolutive de esta providencia.

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

⁸ 73001-23-33-000-2014-00061-01(4152-14)

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, sí es del caso precisar que la norma que se hace 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, es claro que la 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 se hizo exigible el derecho para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a partir del **24 de agosto de 2013**, por lo cual al haber realizado a través de apoderado judicial el reclamo para el pago de dicha sanción el día **12 de agosto de 2016⁹**, el cual además fue negado mediante **Oficio SAC 2016RE10982 del 5 de septiembre de 2016¹⁰**, permite determinar que en el caso de estudio no operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

⁹ FI 10-11

¹⁰ FI. 12.

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,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR probada de oficio la excepción denominada "Falta de legitimación en la causa por pasiva" en relación con el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, conforme los argumentos expuestos.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones denominadas "Régimen prestacional independiente e inaplicabilidad de la Ley 1071 del 2006 al gremio docente; Prescripción; Inexistencia de vulneración de principios legales y Cobro de lo no debido", conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio No. SAC 2016RE10982 del 5 de septiembre de 2016**, expedido por el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

CUARTO: 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 parciales a favor de la señora MARÍA ISABEL URUEÑA BASTO, a partir del **veinticuatro (24) de agosto de dos mil trece (2013)** de un (01) día de salario por cada día de retardo hasta la fecha en que se hizo efectivo el pago, el cual se presentó el **tres (3) de octubre de dos mil trece (2013)**, es decir, la suma equivalente a treinta y nueve (39) días del salario devengado en el año 2013.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

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

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

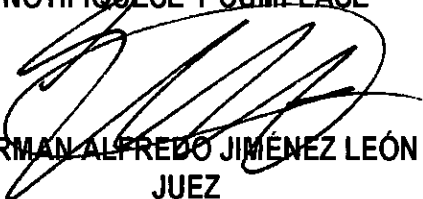
EXPEDIENTE: 73001-33-40-012-2017-00054-00
DEMANDANTE: MARÍA ISABEL URUEÑA BASTO
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG y
DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

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

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

DECIMO: 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