



<b>TEMA</b>	SANCIÓN MORATORIA DE DOCENTES
<b>RADICACIÓN</b>	73001-33-40-012-2016-00380-00
<b>MEDIO DE CONTROL</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>DEMANDANTE</b>	MERCEDES MASMELA HERÁNDEZ
<b>DEMANDADO</b>	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
<b>ASUNTO</b>	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Ibagué, treinta y uno (31) de mayo 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 **MERCEDES MASMELA HERNÁNDEZ**, por intermedio de apoderado judicial, en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG)**, mediante la cual solicita un pronunciamiento judicial favorable sobre las siguientes,

#### 1. PRETENSIONES

**PRIMERA** Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio número SAC016RE8420 del 8 de julio de 2016, notificado el mismo día, expedido por el Secretario de Educación y Cultura Departamental del Tolima, negando el reconocimiento y pago de la mora en el pago y/o sanción moratoria por el no pago oportuno de la cesantías parciales reclamada mediante petición radicada con el número 2016PQR17219 del 16 de junio de 2016, por parte de la demandante.

**SEGUNDA:** Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho se sirva ordenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar la mora en el pago y/o sanción moratoria por el no pago oportuno de la cesantías desde la fecha en que se hizo exigible la obligación hasta un día antes del día en que se hizo efectivo el pago, consistente en un día de salario por cada día de mora.

**TERCERA:** Ordenar a Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio indexar los valores resultantes del reconocimiento conforme los parámetros señalados en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

**CUARTA:** Ordenar a la demandada dar cumplimiento a la sentencia con conforme lo señalado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

**QUINTA:** En el caso de emitirse una condena en abstracto, se ordene al Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 193 del C.P.A.C.A.

**SEXTA:** Condenar en costas a la demandada (Fl. 11).

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

EXPEDIENTE: 73001-33-40-012-2016-00380-00  
DEMANDANTE: MERCEDES MASMELA HERNÁNDEZ  
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG

## 2. HECHOS

**PRIMERO:** La demandante radicó ante la NACIÓN– MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, solicitud de reconocimiento y pago de las cesantía parciales y/o definitivas que le corresponde por sus servicios prestados en su calidad de docente, el día 20-06-13.

**SEGUNDO:** La NACIÓN– MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través de la Resolución No. 4493 del 14 de agosto de 2014, reconoció a la actora la suma de \$4.132.007 por concepto de liquidación parcial de cesantías

**TERCERO:** De conformidad con los preceptos normativos de la Ley 1071 de 2006, modificatoria de la Ley 244 de 1995, la Entidad debió haber proferido el Acto Administrativo respectivo, Resolución, a más tardar el día 6 de Agosto de 2013.

**CUARTO:** En consonancia con el hecho anterior se tiene que la entidad, NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en cumplimiento de los mandatos contenidos en la Ley 1071 de 2006, modificatoria de la Ley 244 de 1995, debió de haber pagado efectivamente el derecho reclamado a más tardar el día 24 septiembre de 2013.

**QUINTO:** La entidad no dio cumplimiento al mandato legal de expedir el acto administrativo de reconocimiento y orden de entrega de las sumas de dinero antes mencionado

**SEXTO:** La demandante acudió ante la entidad demandada, mediante solicitud con radicado número 2016PQR17219 del 16 de junio de 2016, a reclamar el reconocimiento y pago de la mencionada sanción moratoria y/o mora en el pago pero la entidad, mediante respuesta emitida por el suscrito por Secretario de Educación y Cultura Departamental del Tolima, mediante el acto administrativo SAC016RE8420 del 8 de julio de 2016 negó el derecho de reconocer y pagar dicha sanción, objeto de nulidad en el presente medio de control (Fls. 11-12).

## 3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

- Ley 91 de 1989: Artículos 5 y 15.
- Ley 244 de 1995: Artículos 1 y 2.
- Ley 1071 de 2006: Artículos 4 y 5.

Como concepto de violación, expuso la profesional del derecho, que en el presente caso, la entidad demandada no dio cumplimiento de los mandatos contenidos en la Ley 1071 de 2006.

## 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

EXPEDIENTE: 73001-33-40-012-2016-00380-00  
DEMANDANTE: MERCEDES MASMELA HERNÁNDEZ  
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG

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. 41-42).

## 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 24 de febrero de 2017 (Fls. 21-22), contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG), efectuándose las notificaciones de rigor (Fls. 28-33).

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) contestó la demanda dentro del término legal, tal como se reseñó en el numeral anterior (Fls. 36-45).

A través de auto del 12 de octubre de 2018, se negó la vinculación de la del Departamento del Tolima y de la Fiduprevisora S.A. (Fls. 54-55)

Surtido el trámite anterior, mediante providencia del 30 de abril de 2019 se fijó fecha para realizar la audiencia del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (Fl. 58). El 10 de mayo del año en curso, se realizó la audiencia; se procedió a fijar el litigio y se decretaron las pruebas. Finalmente, se corrió traslado para alegar, derecho del cual hicieron uso las partes, quienes se ratificaron en los argumentos expuestos tanto en el escrito de demanda como en su contestación. Así mismo el agente del Ministerio Público procedió a emitir concepto, en el que señaló que resultada procedente acceder a las pretensiones de la demanda.

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

## 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, 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

Se circunscribe en determinar si la señora MERCEDES MASMELA HERNÁNDEZ 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<sup>1</sup>.

Cabe señalar, el Congreso de la República 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 fijó 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<sup>2</sup> 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, una sanción moratoria por el incumplimiento de éste último plazo, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo<sup>3</sup>.

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<sup>4</sup> 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**

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> “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...”

<sup>3</sup> “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).

<sup>4</sup> Sentencia SU 336 del 18 de mayo de 2017, M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

EXPEDIENTE: 73001-33-40-012-2016-00380-00  
DEMANDANTE: MERCEDES MASMELA HERNÁNDEZ  
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG

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.

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<sup>5</sup>, 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

<sup>5</sup> 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.

EXPEDIENTE: 73001-33-40-012-2016-00380-00  
DEMANDANTE: MERCEDES MASMELA HERNÁNDEZ  
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG

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 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." (Negrilla del Juzgado).

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:

EXPEDIENTE: 73001-33-40-012-2016-00380-00  
DEMANDANTE: MERCEDES MASMELA HERNÁNDEZ  
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG

“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 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.” (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<sup>6</sup>, 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

<sup>6</sup> 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.

EXPEDIENTE: 73001-33-40-012-2016-00380-00  
DEMANDANTE: MERCEDES MASMELA HERNÁNDEZ  
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FOMAG

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:

1. La señora Mercedes Masmela Hernández ostenta la calidad de docente nacional, con régimen de cesantías anualizado (Fls. 8-9).
2. Mediante Resolución No. 4493 del 14 de agosto de 2014, expedida por el Secretario de Educación y de Cultura del Departamento del Tolima, ordenó el reconocimiento y pago a la demandante la suma de \$ 4.132.007.00, por concepto de liquidación parcial de cesantías (Fls. 6-7).
3. Extracto bancario expedido por el Banco BBVA, en el cual se relacionan las nóminas emitidas a través de la cuenta a nombre de la FIDUCIARIA LA PREVISORA, donde consta que el 3 de octubre de 2014 se realizó transferencia a favor de la accionante por la suma de \$ 4.132.007.00 (Fl. 10).
4. Escrito presentado el día 16 de junio de 2016, por intermedio de apoderado de la señora mercedes MASMELA HERNÁNDEZ, solicita el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, por el no pago oportuno de las cesantías parciales (Fls. 3-4).
5. Oficio SAC 2016RE8420 del 8 de julio de 2016, expedido por el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, en donde se le 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. 5).

EXPEDIENTE: 73001-33-40-012-2016-00380-00  
DEMANDANTE: MERCEDES MASMELA HERNÁNDEZ  
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG

## 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 Mercedes Masmela Hernández.

Advierte este Despacho que la accionante solicitó el 20 de junio de 2013, el reconocimiento y pago de las cesantías parciales; y que a través de la Resolución No. 4493 del 14 de agosto de 2014 el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Regional Tolima, reconoció y ordenó el pago de las cesantías parciales a la actora.

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 parciales de la accionante, se debió haberse expedido el **12 de julio de 2013**, más los 10 días hábiles correspondientes a la ejecutoria, el cual vencía el **26 de julio de 2013** y, finalmente el termino de los 45 días se culminaban el **1° de octubre de 2013**, para el pago de la cesantías parciales.

De lo anterior, se logra concluir por parte de esta instancia judicial que en el presente caso, la señora Mercedes Masmela Hernández 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 parciales de la accionante, ya que esta debió ser consignada a más tardar el **1° de octubre de 2013**.

En consecuencia, a partir del día siguiente, es decir, el **2 de octubre de 2013** 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 **3 de octubre de 2014**.

Visto lo anterior, la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria equivalente a **366 días** del salario devengado en el año 2013.

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, en consecuencia, se declara la nulidad del Oficio SAC 2016RE8420 del 8 de julio de 2016, expedido por el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

## 6.6. PRESCRIPCIÓN

Respecto al fenómeno de la prescripción, ha de acudir al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 que estableció: “... Artículo 41. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en este decreto, **prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se hizo exigible**. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.

En el presente asunto, la señora Mercedes Masmela Hernández, tiene el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria a partir **2 de octubre de 2013**; a través de apoderado la demandante reclamó el pago de dicha prestación social, el día **16 de junio de**

EXPEDIENTE: 73001-33-40-012-2016-00380-00  
DEMANDANTE: MERCEDES MASMELA HERNÁNDEZ  
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG

2016<sup>7</sup>, la cual fue negada mediante Oficio SAC2016RE8420 del 8 de julio de 2016<sup>8</sup>, por consiguiente, no ha operado la prescripción.

En consecuencia, esta instancia judicial declarara no probada la excepción de Prescripción propuesta por la apoderada de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

## 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 de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

Fijense como agencias en derecho la suma de setecientos sesenta mil pesos M/tc. (\$ 760.000), con fundamento en el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

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** 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 SAC 2016RE8420 del 8 de julio de 2016, expedido por el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

**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 parciales a favor de la señora MERCEDES MASMELA HERNÁNDEZ, a partir del **dos (2) de octubre de dos mil trece (2013)** de un (01) día de salario por cada día de retardo hasta la fecha que haga efectivo el pago, el cual se presentó el **tres (3) de octubre de dos mil catorce (2014)**, es decir, la suma equivalente a trescientos sesenta y seis (366) días del salario devengado en el año 2013.

**CUARTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada (Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio) conforme las razones mencionadas en el presente proveído y fijese como agencias en derecho la suma de setecientos sesenta mil pesos moneda corriente (\$ 760.000.00).

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

<sup>7</sup> Folios 2-3  
<sup>8</sup> Folio 5.

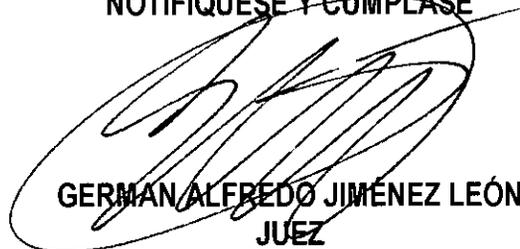
EXPEDIENTE: 73001-33-40-012-2016-00380-00  
DEMANDANTE: MERCEDES MASMELA HERNÁNDEZ  
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG

**SEPTIMO:** 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 Ibidem).

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**GERMAN ALFREDO JIMÉNEZ LEÓN**  
**JUEZ**