Rama Judicial
República de Colombia

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ – TOLIMA

TEMA	**SANCIÓN MORATORIA DE DOCENTES**
RADICACIÓN	73001-33-33-012-2018-00150-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	LUIS ALDEMAR BEDOYA OSORIO
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y OTRO
ASUNTO	**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Ibagué, veintidós (22) de noviembre 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 el señor **LUIS ALDEMAR BEDOYA OSORIO** 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. SAC2017EE11466 del 11 de octubre de 2017, 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 a favor del accionante, la sanción moratoria a razón por un día de retardo en el pago de las cesantías parciales 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 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 al 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.

QUINTA: Condenar en costas a la accionada (Fl. 19).

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

2. HECHOS

PRIMERO: El 11 de mayo de 2016, el actor solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías, por laborar como docente al servicio de Departamento del Tolima.

SEGUNDO: A través de la Resolución No. 3737 del 27 de julio de 2016, le fueron reconocidas las cesantías solicitadas.

TERCERO: Las cesantías fueron pagadas mediante consignación bancaria el 28 de septiembre de 2016.

CUARTO: Mediante oficio No. SAC2017EE11466 del 11 de octubre de 2017, notificado el 23 del mismo mes, se le negó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías (Fl. 20).

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 la 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

A través de su apoderado judicial el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA contestó la demanda en tiempo, manifestando que la mayoría de los hechos eran ciertos y otros deberían probarse. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda al considerar que carecían de fundamento de hecho y derecho por cuanto las prestaciones sociales son reconocidas por el FOMAG, entidad creada por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación adscrita al Ministerio de Educación y no al Departamento del Tolima.

Aduce además, que las suplicas consignadas en la demanda no tenían ninguna vocación de prosperidad, por cuanto el Departamento del Tolima no es responsable del pago de

las cesantías definitivas o parciales de los docentes nacionales o nacionalizados, toda vez que el encargado de cumplir ese cometido es el FOMAG. Resaltó que la resolución no fue expedida por el Departamento del Tolima sino por el representante del Ministerio de Educación Nacional, por lo cual entonces no puede la entidad territorial entrar a responder por tal hecho.

Propuso las excepciones que denominó: El Departamento del Tolima no debe integrar el litisconsorcio necesario; improcedencia pago sanción moratoria con recursos del Departamento del Tolima; cobro de lo no debido frente al Departamento del Tolima; imposibilidad de acceder a la indexación de las sumas de dinero que eventualmente se le reconocieran al actor por la presunta sanción moratoria y la genérica (Fls. 49-60).

La Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no contestó la demanda (Fl. 78).

5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del 28 de mayo de 2018, ordenándose notificar a los entes accionados (Fl. 35).

El Departamento del Tolima contestó la demanda dentro del término legal y propuso excepciones (Fls. 49-60).

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) no contestó la demanda (Fl. 78).

De las excepciones se corrió traslado por el término de 3 días a la parte demandante y esta guardó silencio (Fl. 79).

Surtido el tramité anterior, mediante providencia del 8 de octubre de 2019 se fijó como fecha para adelantar la audiencia inicial el día 12 de noviembre de 2019 (Fl. 80); momento en el que se saneó el proceso, se fijó el litigio, se incorporaron las pruebas presentadas por las partes 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.100-106).

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 decisión 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 por el Departamento del Tolima y que no fueron objeto de pronunciamiento en la audiencia inicial, denominadas: El Departamento del Tolima no debe integrar el litisconsorte necesario; improcedencia pago sanción moratoria con recursos del Departamento del Tolima; cobro de lo no debido frente al Departamento del Tolima; imposibilidad de acceder a la indexación de las sumas de dinero que eventualmente se

le reconocieran al actor por la presunta sanción moratoria, 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 el señor LUIS ALDEMAR BEDOYA OSORIO tiene derecho a que se le reconozca y cancele la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantias 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 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 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, 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:

---

[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) dias hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantias definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantias, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley..."

[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 cesantias 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 dia 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 articulo**...." (Resaltado del Despacho).

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

"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.**

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:

"(...).

[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.

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 categoria 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).

Del anterior aparte 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).

Conforme lo expuesto es dable concluir 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 proferida por el órgano de cierre de esta jurisdicción el 18 de julio de 2018[6], en la que se 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,**

[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.

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:

1. El señor LUIS ALDEMAR BEDOYA OSORIO ostenta la calidad de docente con régimen de cesantías anualizado6 (Fl. 6).

2. Mediante Decreto No. 1915 del 20 de octubre de 2016, el Departamento del Tolima nombró al señor Luis Aldemar Bedoya Osorio como docente, siendo posesionado el 27 de octubre de 2016 (Fl. 66-68).

3. A través de la Resolución No. 920 del 3 de marzo de 2016 expedida por el Secretario de Educación y de Cultura del Departamento del Tolima, se ordenó el reconocimiento y pago al demandante de la suma liquida de $4.893.929.oo, por concepto de liquidación definitiva de cesantías (Fls. 74-75).

4. Posteriormente fue expedida por el Secretario de Educación y de Cultura del Departamento del Tolima la Resolución No. 3737 del 27 de julio de 2016, mediante la cual se ordenó el reconocimiento y pago de un reajuste de cesantía definitiva a favor del demandante por valor de $3.398.503.oo. (Fls. 3-4).

5. 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

se le informó al señor Bedoya Osorio que los dineros correspondientes al pago de su cesantía definitiva se encontraban a su disposición a partir del 28 de septiembre de 2016 (Fl. 5).

6. Escrito presentado el día 20 de septiembre de 2017 por el señor Luis Aldemar Bedoya a través de apoderado judicial, en el cual solicitó 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 definitivas (Fls. 12-14).

7. Oficio No. SAC 2017EE11466 del 11 de octubre de 2017, expedido por el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, en donde se informó 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. 15).

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 el señor LUIS ALDEMAR BEDOYA OSORIO 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 el demandante solicitó el **11 de mayo de 2016,** el reajuste de sus cesantías definitivas, las cuales fueron inicuamente reconocidas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Regional Tolima, a través de la Resolución No. 920 del 3 de marzo de 2016, siendo ajustadas posteriormente a través de la Resolución No. 3737 del 27 de julio de 2016.

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 quedó en firme; para el caso en concreto, se tomará como termino de contabilización la solicitud de reajuste de sus cesantías definitivas, por lo cual el acto administrativo que ordenaba tal reajuste debió haber expedido, teniendo en cuenta los 15 días hábiles legales, a más tardar el **2 de junio de 2016**; sumados los 10 días hábiles correspondientes a la ejecutoria, tendríamos el **17 de junio de 2016,** por lo cual el término de los 45 días aludidos anteriormente para el pago de las cesantías definitivas, culminaba el **24 de agosto de 2016**.

De lo anterior, se logra concluir por este operador judicial que en el presente caso, el señor Luis Aldemar Bedoya 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 sus cesantías definitivas, pues como ya fue señalado, estas debieron ser consignadas a más tardar el **24 de agosto de 2016**.

En consecuencia, a partir del día siguiente, es decir el **25 de agosto de 2016,** 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 según constancia vista a folio 7 del expediente, el **28 de septiembre de 2016**.

Visto el conteo realizado, el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria equivalente a **33 días** del salario devengado en el año 2015[7] por tratarse de cesantías definitivas.

[7] Conforme lo establece la Sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 (4961-15) al tratarse de cesantías definitivas se deberá tener en cuenta, para efectos de calcular la sanción moratoria, la asignación básica vigente al momento del retiro del servicio docente.

En consecuencia de lo anterior, este Despacho declarará la nulidad del **Oficio No. SAC2017EE11466 del 11 de octubre de 2017**, expedido por el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) y consecuentemente ordenará el pago de la sanción moratoria en el pago de las cesantías definitivas del demandante.

Frente al cumplimiento de la orden judicial, es pertinente señalar que con fundamento en lo dispuesto en los artículos 3 y 5 de la Ley 91 de 1989, artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y artículo 3 del Decreto 2831 de 2005, el PAGO de la indemnización moratoria corresponde a la NACIÓN — MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y no al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, toda vez que esta última actúa en nombre de la entidad del orden nacional.

En efecto, el órgano de cierre administrativo Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia del 14 de febrero de 2019 con ponencia del Dr. Rafael Francisco Suarez Vargas, consideró lo siguiente[8]:

> "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 improbado 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.**
> >
> > Asi 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. (...)"

Del anterior pronunciamiento del máximo organismo de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se logra concluir por parte de esta instancia 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 de las cesantías de 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, razón suficiente

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

para declarar probada de oficio la excepción denominada "Falta de legitimación en la causa por pasiva" con relación al Departamento del Tolima.

Finalmente se tiene que como pretensión al interior del escrito de demanda el señor Luis Aldemar Bedoya solicitó condenar a las entidades accionadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que hay con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

Cabe señalar que frente a las sumas de dineros aquí ordenadas no resulta procedente ordenar que los valores de la condena sean actualizados, toda vez que dicho ajuste es incompatible con el reconocimiento de la sanción moratoria porque conllevaría a la aplicación de una doble penalidad de carácter económica, posición que fue puesta de presente por el H. Consejo de Estado sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018[9] y reiterada en sentencia del 16 de mayo de 2019[10] por la misma corporación, razón por la cual no resulta procedente acceder a la solicitud mencionada.

6.6. PRESCRIPCIÓN

Frente al tema de la prescripción, el Consejo de Estado en sentencia de Unificación Jurisprudencial CE- SUJ004 del 25 de agosto de 2016, señaló lo siguiente:

"i) 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 A y 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 ha de 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

[9] "(...) las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa"
[10] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 16 de mayo de 2019, Radicación No. 73001-23-33-000-2015-00314-01(4976-15), C.P. César Palomino Cortés.

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." (Negrilla del Despacho).

En el presente asunto se hizo exigible el derecho para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a partir del **25 de agosto de 2016**, por lo cual al haber realizado a través de apoderado judicial el reclamo para el pago de dicha sanción el día **20 de septiembre de 2017**[11], el cual además fue negado mediante **Oficio SAC 2017EE11466 del 11 de octubre de 2017**[12], y presentada la demanda el **2 de abril de 2018**, permite determinar que en el caso de estudio 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 de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

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 respecto del Departamento del Tolima, conforme lo manifestado en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio No. SAC2017EE11466 del 11 de octubre de 2017**, expedido por el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

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 del señor LUIS ALDEMAR BEDOYA OSORIO, a partir del **veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016)** de un (01) día de salario por cada día de retardo hasta la fecha en que se hizo

[11] Fls 12-14.
[12] Fl 15.

efectivo el pago, el cual se presentó el **veintiocho (28) de septiembre de dos mil dieciséis (2016),** es decir, la suma equivalente a treinta y tres días (33) días del salario devengado en el año 2015.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda

QUINTO: Sin **CONDENA** en costas

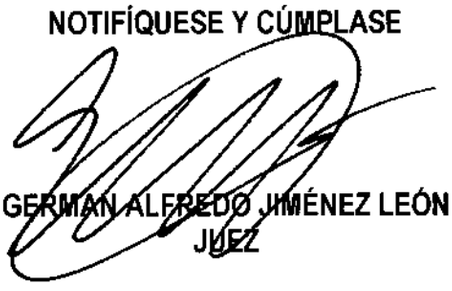
SEXTO: A esta sentencia se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 192, 193 y 195 del CPACA.

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