

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, 15 de diciembre del 2021

Auto Interlocutorio

PROCESO No. 76001-33-33-012-2017-00002-00
MEDIO DE CONTROL: INCIDENTE DE DESACATO - TUTELA
ACCIONANTE: RAQUEL DEL CASTILLO DE NABOYAN
AGENTE OFICIOSO: WALTER OMAR NABOYAN DEL CASTILLO
Correo electrónico: javiergo2007@gmail.com
ACCIONADO: NUEVA E.P.S.
Correo electrónico: secretaria.general@nuevaeps.com.co
MINISTERIO PÚBLICO: Procuradora 59 Judicial I Administrativo de Cali
procjudadm59@procuraduria.gov.co

Revisadas las diligencias que anteceden, procede el Despacho a decidir sobre la iniciación del incidente de desacato, acorde con lo allegado al plenario, para lo cual se hacen las siguientes:

CONSIDERACIONES

La apoderada de la Nueva EPS contestó el requerimiento argumentando en síntesis que la crema humectante solicitada por el presente mecanismo corresponde a un insumo excluido del plan de beneficios de salud que puede ser obtenido por los familiares en complemento a las técnicas ordinarias de aseo. Agregó que el principio de integralidad no es absoluto y citó la Resolución N° 000244 del 31 de enero de 2019¹ del Ministerio de Salud y Protección Social, para sustentar que la “*LOCIÓN HIDRATANTE CORPORAL*” está excluida, entre otras disposiciones. Finalmente, solicitó el archivo del incidente al no incumplir el fallo de tutela, en consideración a que éste no ordena el insumo solicitado.

En atención a la respuesta brindada por la Nueva EPS, advierte el Despacho que la misma desatiende lo ordenado en los numerales 2 y 3 de la sentencia N° 003 del 24 de enero de 2017, que disponen:

“...1.- (...)

2.- *ORDENAR a la NUEVA EPS que sí aun no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia autorice y ordene, una*

¹ “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”

valoración médica de la señora RAQUEL DEL CASTILLO DE NABOYAN por parte de un especialista en medicina interna o el que corresponda y en caso de determinar que la paciente en mención requiere medicamentos, exámenes, insumos entre otros, para tratar su patología actual, proceda a otorgarlos de manera inmediata y sin dilación alguna.

3.- ORDENAR a la NUEVA EPS que, en adelante, las órdenes del médico tratante que respalden la ejecución de un servicio, examen o la entrega de un medicamento a nombre de la señora RAQUEL DEL CASTILLO DE NABOYAN, le sean suministrados sin que tenga que adelantar múltiples trámites administrativos que dilaten la prestación del servicio, con el objeto de que se le brinde el TRATAMIENTO INTEGRAL requerido para su patología actual.”

Como se observa, el amparo constitucional abarcó un tratamiento integral para la señora RAQUEL DEL CASTILLO DE NABOYAN, que, en el evento de requerir medicamentos, exámenes, **insumos entre otros**, para tratar su patología actual, corresponde su entrega y autorización a la Nueva EPS sin dilación alguna.

De este modo, como quiera que con la respuesta allegada por la Nueva EPS se descarta el cumplimiento a la orden anterior, procederá el Despacho a ordenar la apertura del trámite incidental por desacato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991.

En consecuencia, se **RESUELVE**:

PRIMERO: ABRIR el incidente de desacato por el incumplimiento de la sentencia N° 003 del 24 de enero de 2017 de este Juzgado, adicionada por la sentencia del 24 de febrero de 2017 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, contra de los siguientes funcionarios de la Nueva EPS:

- ✓ **SILVIA PATRICIA LONDOÑO GAVIRIA**, en calidad de Gerente Regional Valle del Cauca de NUEVA EPS.
- ✓ **DANILO ALEJANDRO VALLEJO GUERRERO** en su calidad de Vicepresidente de esa regional, y superior jerárquico de la funcionaria en cita.

SEGUNDO: CORRER traslado del presente incidente y de esta providencia a la doctora SILVIA PATRICIA LONDOÑO GAVIRIA, en calidad de Gerente Regional Valle del Cauca de NUEVA EPS, y al doctor DANILO ALEJANDRO VALLEJO GUERRERO, en su calidad de Vicepresidente de esa regional y superior jerárquico de la funcionaria en cita, para que en el término de los tres (3) días siguientes a la notificación de la presente providencia, se pronuncien sobre el cumplimiento estricto a lo ordenado en la sentencia N° 003 del 24 de enero de 2017 de este Juzgado, adicionada por la sentencia del 24 de febrero de 2017 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

TERCERO: NOTIFICAR personalmente a la doctora SILVIA PATRICIA LONDOÑO GAVIRIA, en calidad de Gerente Regional Valle del Cauca de NUEVA EPS, y al doctor DANILO ALEJANDRO VALLEJO GUERRERO en su calidad de Vicepresidente de Salud de esa regional, del presente trámite.

CUARTO: REQUERIR a la doctora ADRIANA JIMENEZ BAEZ, en calidad de Secretaria General y Jurídica y Representante Legal Suplente de la NUEVA EPS para que, **de manera inmediata**, confirme los correos personales de los funcionarios requeridos donde reciban notificaciones, adicionalmente al correo secretaria.general@nuevaeps.com.co.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

VANESSA ÁLVAREZ VILLARREAL

Juez

mcmr

Firmado Por:

Vanessa Alvarez Villarreal

Juez

Juzgado Administrativo

Oral 012

Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5aa49f8057a7bdc686a4cd3dda45188a08df7d6b9d11a5a05a0d36bd9e7ac4b**

Documento generado en 15/12/2021 10:24:01 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, 15 de diciembre del 2021

Auto Interlocutorio

| | |
|--------------------|--|
| RADICACIÓN: | 76001-33-33-012-2021-00144-00 |
| REFERENCIA: | CONCILIACIÓN PREJUDICIAL |
| CONVOCANTE: | ANA JOVITA AGUILERA BAREÑO juan_ayalagarcia@hotmail.com |
| CONVOCADO: | NACIÓN - MINEDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG notificacionesjudiciales@mineducación.gov.co notjudicial@fiduprevisora.com.co procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co |

Para efecto de lo previsto por los artículos 23 y 24 de la Ley 640 de 2001, así como el artículo 12 del Decreto 1716 de 2009, sobre **CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL**, se encuentra para decisión la actuación cumplida por la **Procuraduría 18 Judicial II para Asuntos Administrativos de Cali**, que contiene, entre otros documentos, el Acta de la Audiencia de Conciliación allí celebrada entre la señora ANA JOVITA AGUILERA BAREÑO y la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG.

I. ANTECEDENTES

La señora ANA JOVITA AGUILERA BAREÑO a través de apoderado judicial, radicó ante la Procuraduría Judicial Delegada ante los Jueces Administrativos solicitud de conciliación extrajudicial, con el fin de conciliar las siguientes pretensiones:

Que se declare la nulidad del acto ficto originado en la petición presentada el día **20 de noviembre de 2020**, en cuanto negó la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo. Que el monto de la sanción por mora se indexe conforme al IPC y se condene en costas al convocado.

Los **HECHOS** que soportan la solicitud de conciliación son los siguientes:

- La señora Ana Jovita Aguilera Bareño prestó sus servicios como docente desde el 21 de mayo de 1979 hasta el 30 de enero de 2017.

- Por laborar como docente estatal en la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca, el 10 de noviembre de 2017 solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag, el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas a que tenía derecho.

- Por medio de la Resolución N° 01529 de 10 de mayo de 2018, modificada por la Resolución N° 01822 del 18 de junio de 2019, expedida por la secretaria de Educación del Departamento del Valle del Cauca, le fueron reconocidas las cesantías definitivas en la suma de \$218.625.931.

- La anterior prestación social fue cancelada el 28 de agosto del año 2019 por intermedio de entidad bancaria – banco BBVA.

- La convocante el 20 de noviembre de 2020 solicitó ante el FOMAG, el reconocimiento y pago de un (1) día de salario por cada día de mora en el pago de las cesantías definitivas, por haber sobrepasado el tiempo para su pago reconocido mediante la Resolución No. 01529 del 10 de mayo de 2018, modificada por la Resolución No. 01822 de 18 de junio de 2019 de la Secretaria de Educación del Departamento del Valle del Cauca.

- Para la convocante la entidad convocada incurrió en mora desde el 24 de febrero de 2018 hasta el 28 de agosto de 2019, para un total de 547 días de mora.

- Por oficio No. 20211071946261 del 12 de agosto de 2021 FIDUPREVISORA, en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, indicó que la solicitud fue aprobada y procedió a cancelar la suma de \$11.212.011 en el mes de enero de 2021.

- Después de haber solicitado la cancelación del valor de la sanción moratoria indicada, la entidad convocada no pagó lo solicitado en su totalidad y omitió dar respuesta a la solicitud, por lo que surgió el acto ficto o presunto de carácter negativo.

Como soportes de la conciliación extrajudicial, se aportaron los documentos visibles en el acápite de pruebas de la solicitud de conciliación y anexos obrantes en el documento electrónico N° 01 del expediente digital.

Obran como soportes de la conciliación prejudicial, las siguientes **pruebas**:

- Solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría, poder y demás anexos de la convocatoria (resolución que reconoce cesantías definitivas, certificación de pago, cédula de la convocante, certificación de salario y tiempo de servicio de la convocante y petición de sanción moratoria y remisión de la solicitud de conciliación a la entidad convocada).

- Propuesta de conciliación presentada por la entidad convocada, poder y soportes y acuerdo conciliatorio.

Con los anteriores antecedentes, el señor Procurador 18 Judicial II para Asuntos Administrativos de Cali, citó a las partes para la diligencia de conciliación celebrada el 25 de octubre de 2021, en la cual la parte convocada FOMAG presentó fórmula conciliatoria que fue aceptada íntegramente por el apoderado de la convocante, acuerdo conciliatorio que a aquí se estudia.

II. CONSIDERACIONES

El envío a este Despacho de las diligencias mediante las cuales llegaron a conciliar las pretensiones, la convocante ANA JOVITA AGUILERA BAREÑO y la entidad convocada NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, obedece al cumplimiento de lo dispuesto por en los artículos 24 de la Ley 640 de 2001 y 12 del Decreto 1716 de 2009, según los cuales le compete al Juez la revisión de la conciliación efectuada con miras a definir si resulta lesiva para los intereses patrimoniales del Estado, o si puede hallarse viciada de nulidad absoluta.

Las normas en mención autorizan la conciliación extrajudicial de conflictos de carácter particular y de contenido patrimonial que se ventilarían ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las acciones que consagran los artículos 138, 140 y 141 de la Ley 1437 de 2011.

De manera reiterada, el Consejo de Estado ha señalado que la conciliación se someterá a los siguientes supuestos de aprobación¹:

1. Que no haya operado el fenómeno de la caducidad (art. 61 Ley 23 de 1991, modificado por el art. 81 Ley 446 de 1998).
2. Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes (art. 59 Ley 23 de 1991 y 70 Ley 446 de 1998).

¹ Ver, entre otras, las providencias radicadas bajo los números: 21.677, 22.557, 23.527, 23.534 y 24.420 de 2003, Sección Tercera.

3. Que las partes estén debidamente representadas y que los representantes tengan capacidad para conciliar.
4. Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público.

Una vez definido lo anterior, entraremos a estudiar si la conciliación celebrada ante la Procuraduría 57 Judicial I para Asuntos Administrativos de Cali reúne los requisitos mencionados.

1. Que no haya operado el fenómeno de la caducidad

En el *sub-lite* se concilió el pago de una sanción moratoria por el pago inoportuno de unas cesantías definitivas liquidadas a favor de la docente ANA JOVITA AGUILERA BAREÑO conforme al parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Al respecto, encontramos que el literal d) del numeral 1º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, establece lo siguiente:

“Art.-164. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

d) Se dirija contra actos producto del silencio administrativo; (...)”

Conforme a la anterior disposición, en el presente asunto por tratarse de un acto ficto o presunto negativo derivado de la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías parciales de la convocante, es claro que no opera el fenómeno jurídico de la caducidad del medio de control.

2. Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes

La sanción moratoria es un derecho incierto y discutible en la medida que no se trata de un derecho o prestación laboral, sino que la misma constituye una penalidad de carácter pecuniaria² que castiga al empleador moroso en el pago oportuno de las cesantías al trabajador, por ende, tal sanción generada en favor de la parte débil de la relación laboral es económica y disponible por su beneficiario que en el caso particular es la parte convocante.

² Al respecto puede consultarse: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2018, No. Interno. 4961-15, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

3. Que las partes estén debidamente representadas y que los representantes tengan capacidad para conciliar.

La señora ANA JOVITA AGUILERA BAREÑO confirió poder a al doctor JUAN DAVID AYALA GARCÍA, con facultad expresa para conciliar, conforme se observa en el poder obrante en las páginas 11 a 13 del documento electrónico N° 1 del expediente digital.

La entidad convocada FOMAG se encuentra representada y con facultad expresa para conciliar por la doctora GIOMAR ANDREA SIERRA CRISTANCHO, según el poder y soportes obrantes en los documentos electrónicos N° 3 a 4.2 del expediente electrónico contentivos de los anexos de FOMAG.

4. Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público.

El acuerdo conciliatorio logrado entre las partes, cuenta con los siguientes elementos materiales probatorios relevantes aportados al expediente digital:

- Certificados de salarios y tiempo de servicios correspondiente a la señora ANA JOVITA AGUILERA BAREÑO, donde se indica su salario básico mensual para el año 2016 en la suma de \$3.120.336 como docente directivo de la Institución Educativa José María Falla y su grado³.
- Resolución No. 01529 del 10 de mayo de 2018, por medio de la cual la Secretaría de Educación del Departamento del Valle del Cauca, en representación del FOMAG, reconoció las cesantías definitivas por los servicios prestados como docente a la señora ANA JOVITA AGUILERA BAREÑO⁴.
- Resolución No. 01822 del 18 de junio de 2019, por medio de la cual la Secretaría de Educación del Departamento del Valle del Cauca, en representación del FOMAG, resolvió un recurso de reposición contra la resolución anterior y reconoció la suma de \$218.625.931, por concepto de liquidación de cesantías definitivas por los servicios prestados como docente a la señora ANA JOVITA AGUILERA BAREÑO⁵, de los cuales descontó la suma de \$57.755.606 de cesantías parciales ya canceladas, para un saldo de \$160.870.325 que se giraría como cesantías definitivas y sería pagado por el Fomag a través de la entidad fiduciaria.

³ Páginas 35 a 41 del documento electrónico N° 1 del expediente digital.

⁴ Páginas 28 a 30 del documento electrónico N° 1 del expediente digital.

⁵ Páginas 31 a 33 del documento electrónico N° 1 del expediente digital.

- Que según consta en la certificación de pago de cesantías expedida por la Vicepresidencia del Fondo de Prestaciones del Magisterio – Fiduprevisora S.A. el pago de las cesantías quedó a disposición de la convocante a partir del 28 de agosto de 2019, por \$160.870.325⁶.
- Petición elevada por la convocante el 20 de noviembre de 2020, ante la Secretaría de Educación del Departamento del Valle del Cauca en representación del Fomag, por medio del cual solicitó a la convocada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo⁷.
- Comunicación de la Dirección de Servicio al Cliente de Fiduprevisora S.A. en la que de manera general le informan a la convocante que cumplió con los requisitos documentales para la pre-liquidación de la sanción moratoria y las condiciones para su pago⁸.
- Comprobante de pago en efectivo de fecha 12 de agosto de 2021, expedido por el Banco BBVA, en el cual se vislumbra el pago de \$11.212.011, figurando como beneficiaria la señora ANA JOVITA AGUILERA BAREÑO. Asimismo, en el aludido documento se plasmó la Observación 2 en la cual se indica que el **2021 08 10**, se consignó conciliaciones sanción mora correspondiente a la mentada convocante, fecha que a su vez fue señalada en la solicitud como la efectiva del pago parcial de la prestación⁹.
- Certificación del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional del 01 de octubre de 2021, contentiva de la posición de la entidad de conciliar la sanción moratoria reclamada por la convocante, así como de la liquidación de la sanción a reconocer¹⁰.
- El Acta de Conciliación fechada 25 de octubre de 2021 de la solicitud de conciliación, que contiene la propuesta conciliatoria formulada por la entidad convocada y aceptada en su integridad por la parte convocante, así¹¹:

“la posición del Ministerio es CONCILIAR en la audiencia programada por el Despacho con ocasión a la convocatoria a conciliar promovida por ANA JOVITA AGUILERA BARENO con CC 29770837 en contra de la NACION - MINISTERIO DE EDUCACION - FOMAG, cuya pretensión es el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías (CESANTÍA DEFINITIVA) reconocidas mediante Resolución No. 01822 de 18 de junio de 2019. Los parámetros de la propuesta, teniendo en cuenta la fecha de solicitud de las cesantías y la fecha en la cual Fiduprevisora S.A. puso los recursos a disposición del docente,

⁶ Página 42 del documento electrónico N° 1 del expediente digital.

⁷ Páginas 17 a 26 del documento electrónico N° 1 del expediente digital.

⁸ Páginas 43 a 45 del documento electrónico N° 1 del expediente digital.

⁹ Página 47 del documento electrónico N° 1 del expediente digital.

¹⁰ Documento electrónico N° 5 del expediente digital.

¹¹ Documento electrónico N° 6 del expediente digital.

son los siguientes: Fecha de solicitud de las cesantías: 31 de mayo de 2018 Fecha de pago: 28 de agosto de 2019 No. de días de mora: 347 Asignación básica aplicable: \$ 3.397.579 Valor de la mora: \$ 39.298.444 Valor pagado por vía administrativa (según lo informado por Fiduprevisora S.A.): \$ 11.212.011 Valor de la mora saldo pendiente: \$ 28.086.433 Propuesta de acuerdo conciliatorio: \$ 25.277.789 (90%) Tiempo de pago después de la aprobación judicial de la conciliación: 1 MES (DESPUÉS DE COMUNICADO EL AUTO DE APROBACIÓN JUDICIAL). No se reconoce valor alguno por indexación. La presente propuesta de conciliación no causará intereses entre la fecha en que quede en firme el auto aprobatorio judicial y durante el mes siguiente en que se haga efectivo el pago. Se paga la indemnización con cargo a los títulos de tesorería de conformidad con lo establecido en la Ley 1955 de 2019 (Plan Nacional de Desarrollo) y el Decreto 2020 de 2019, y de acuerdo con la adición presupuestal de \$440.000.000.000 aprobada por el Consejo Directivo de FOMAG en sesión ordinaria de 9 de diciembre de 2019. Se expide en Bogotá D.C., el 01 de octubre de 2021, con destino a la PROCURADURÍA JUDICIAL ADMINISTRATIVA 18 DE CALI. Atendida la postura, se da espacio para el pronunciamiento del apoderado (a) de la parte convocante quien a través de correo electrónico manifiesta que: “Considerando la propuesta realizada por la entidad convocada se informa se acepta sobre los días de mora plasmados por esta” El Procurador Judicial, Teniendo en cuenta la propuesta de conciliación presentada por el comité de conciliación a través de apoderada judicial de MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, considera el Despacho que el anterior, contiene obligaciones claras, expresas y exigibles, en cuanto al tiempo, modo y lugar de su cumplimiento¹ y reúne los siguientes requisitos: (i) el eventual medio de control que se ha podido llegar a presentar no ha caducado (art. 61, Ley 23 de 1991, modificado por el art. 81, Ley 446 de 1998); (ii) el acuerdo conciliatorio versa sobre sobre conflictos de carácter particular y contenido patrimonial disponibles por las partes (art. 59, Ley 23 de 1991, y 70, Ley 446 de 1998); (iii) las partes se encuentran debidamente representadas y sus representantes tienen capacidad para conciliar; (iv) obran en el expediente digital las pruebas necesarias que justifican el acuerdo, a saber: Caratula de conciliación, convocatoria para audiencia de conciliación prejudicial, poder legalmente conferido por el convocante para su representación, derecho de petición de 20 noviembre 2020, resolución No. 1529 de 10 mayo 2018 el cual reconoce y ordena el pago de una cesantía definitiva, Resolución No. 1822 de 18 junio de 2019, formato nacional de prestaciones sociales, oficio Fiduprevisora de 28 agosto 2019, oficio Fiduprevisora No. 20211071946261 fecha 12/08/2021, pago BBVA de 12/8/2021, poder de la apoderada de la entidad MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, escritura pública No. 522 de 28 marzo de 2019, escritura pública No. 480 de 3 mayo de 2019, escritura 1230 de 11 septiembre de 2019, certificación del comité de conciliación del 1 octubre de 2021 con ANIMO CONCILIATORIO (v) en criterio de esta agencia del Ministerio Público, el acuerdo contenido en el acta no es violatorio de la Ley y no resulta lesivo para el patrimonio público (art. 65 A, Ley 23 de 1.991 y art. 73, Ley 446 de 1998)”.

De las pruebas aportadas al expediente, se encuentra acreditado que el **10 de noviembre de 2017**, la convocante solicitó a la entidad convocada, en su calidad de docente departamental, el reconocimiento y pago de unas cesantías definitivas. Que por medio de la Resolución No. 01822 del 18 de junio de 2019, la Secretaría de Educación del Departamento del Valle del Cauca, en representación del FOMAG, resolvió reconocerle esta prestación por sus servicios prestados como docente estatal, en la suma de \$218.625.931, de los cuales descontó la suma de \$57.755.606 de cesantías parciales ya canceladas, para un saldo de \$160.870.325. Que los anteriores valores solo vinieron a ser efectivamente pagados el 28 de agosto de 2019. En virtud de lo anterior, el 20 de noviembre de 2020, la docente radicó petición solicitando el reconocimiento y pago de la sanción

moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, petición que nunca fue contestada, configurándose el silencio administrativo negativo.

En tal virtud y ante la citación a conciliar, se deduce que la Nación - Ministerio de Educación – Fomag propuso como fórmula conciliatoria el pago del 90% del valor correspondiente a 347 días de mora contados desde el **15 de septiembre de 2018**¹² hasta el **27 de agosto de 2019**¹³ tomando como fecha de solicitud de las cesantías definitivas el 31 de mayo de 2018 y no el 10 de noviembre de 2017, como lo acreditan las resoluciones ya relacionadas que reconocieron las cesantías definitivas; para el efecto tuvo en cuenta la asignación básica de \$3.397.579 que por los 347 días arrojó el valor de \$39.298.444 y a dicho valor sugirió conciliarlo por el 90%, esto es, pagar la suma referida descontando la suma de \$11.212.011 como abono informado por la convocante o valor pagado por vía administrativa tal como consta en la página 47 del documento electrónico N° 1 del expediente, para un saldo de mora a favor de la demandante pendiente de pago de \$25.277.789, con un plazo de 1 mes después de la aprobación de la conciliación, sin reconocer indexación. Valor que fue finalmente aceptado por el apoderado judicial de la parte convocante.

Se evidencia entonces, que el acuerdo conciliatorio cuenta con las pruebas necesarias y no es violatorio de la ley, toda vez que la sanción moratoria está prevista en la Ley 244 de 1995, sustituida por la Ley 1071 de 2006, que “*tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación*”, regulada en los artículos 1 y 2, que disponen lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. <Artículo subrogado por el artículo 4o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> *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.*

(...)

ARTÍCULO 2o. <Artículo subrogado por el artículo 5o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> *La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*

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

¹² Fecha en la que se deduce empezar a contar los días de mora vencidos los primeros 70 días, tomando como fecha de presentación de la solicitud de las cesantías el 31 de mayo de 2018.

¹³ Día anterior al pago de las cesantías.

La anterior preceptiva indica, que una vez radicada la solicitud de liquidación de cesantías definitivas o parciales por el trabajador ante la entidad competente, a esta le corresponderá librar dentro de los 15 días hábiles siguientes la resolución correspondiente, con previo cumplimiento de los requisitos estipulados en la Ley.

Una vez en firme el acto administrativo que ordenó la liquidación de las cesantías parciales o definitivas, la entidad pagadora tendrá un plazo máximo 45 días hábiles para cancelar la mencionada prestación social, y en caso de presentarse mora en su pago, la entidad obligada deberá reconocer y pagar con sus recursos propios, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas.

Por otra parte, es menester precisar que existe un régimen especial del personal docente en materia de prestaciones sociales y específicamente en materia de cesantías, que está previsto en la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, que estipuló que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990, estaría regido por sus disposiciones, estableciendo en el artículo 15¹⁴ numeral 3 denominado “Cesantías”, el auxilio de cesantías y un interés anual sobre el saldo de las mismas, entre otras prestaciones sociales, a cargo del FOMAG, sin contemplar sanción alguna por su pago tardío.

Complemento de lo anterior, se avizora que a diferencia de la Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006, la norma especial en cita no contiene ninguna estipulación sancionatoria por mora en el pago de las cesantías a los docentes; sin embargo, dicha circunstancia en nada impide su reconocimiento bajo los mandatos de la última Ley citada, lo anterior si se tiene en cuenta que dichos preceptos no excluyeron de su aplicación al sector docente, y que son destinatarios de la misma los servidores públicos, siendo los docentes, parte de esta clasificación en los términos del artículo 123 C.P.

¹⁴ Al respecto la Corte Constitucional, efectuó un control de constitucionalidad respecto del artículo citado mediante sentencia C-928 de 8 de noviembre de 2006, M.P. Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, en la cual expuso lo siguiente: “(...) 3. El régimen especial prestacional del magisterio. En Colombia los docentes gozan de un régimen prestacional especial, previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad financiera estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% de capital. Al respecto cabe precisar, desde ya, que la Ley 91 de 1989 regula no sólo las prestaciones sociales del Magisterio, como son las cesantías y las vacaciones, sino igualmente lo referente al régimen pensional y de prestación de servicios médico-asistenciales de los profesores; en otras palabras, se reagrupa en un mismo cuerpo normativo lo prestacional con el régimen de seguridad social, a diferencia de lo que sucede con los demás trabajadores en Colombia.(...)1.1(...)Ahora bien, en el caso concreto del régimen especial de los docentes, el cual abarca tanto aspectos de seguridad social, como lo es el suministro de servicios médico-asistenciales y de pensiones, como prestacionales, tales como el régimen de cesantías y vacaciones, la Corte estima que las líneas jurisprudenciales señaladas resultan ser plenamente aplicables en el sentido de que la existencia de un régimen propio o especial para unos determinados trabajadores no resulta per se violatorio del principio de igualdad, lo cual no obsta para que se puedan plantear cargos de igualdad cuando quiera que un ciudadano considere que algún aspecto del régimen especial de los docentes, sea en temas prestaciones o de seguridad social propiamente dicha, resulte violatorio del derecho a la igualdad. En suma, los docentes cuentan con un régimen especial en materia de cesantías, pensiones y salud, sistema que debe ser entendido como un todo, sin que sea dable examinar aisladamente cada de una de ellas, y en tal sentido, prima facie, no resultan comparables la manera como se administran, liquidan y cancelan las cesantías de los docentes con aquéllas de los trabajadores sometidos a la Ley 50 de 1990. (...)” (Subrayado fuera de texto).

Sumado a que la finalidad de la norma general fue equiparar a este grupo con los demás servidores públicos para que gozaran también de esta sanción en busca de precaver las dilaciones en su pago y castigar el incumplimiento del empleador por su morosidad en el pago, ello como una garantía del derecho fundamental a la igualdad respecto de los demás servidores del Estado. Interpretación, que además se realiza en armonía con el principio del in dubio pro operario, que permite cuando existe duda la aplicación de la interpretación más beneficiosa para el trabajador, principio contenido en el artículo 53 constitucional.

Tal posición encuentra asidero en la reciente posición de unificación adoptada por el Consejo de Estado sobre la materia, conforme a la cual los docentes son beneficiarios de la sanción moratoria mencionada según esta normativa general. Al respecto, la citada Corporación concluyó lo siguiente:

“(...) Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995¹⁵ y 1071 de 2006¹⁶, 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. (...)”¹⁷.

Adicionalmente, el Alto Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sentó las siguientes sub-reglas jurisprudenciales, sobre la sanción moratoria:

*“(...) PRIMERO: 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 mora en el pago de las cesantías.*

SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

- i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida 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.*
- ii) 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 ley¹⁸ 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*

¹⁵ «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

¹⁶ «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2018, No. Interno. 4961-15, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁸ Artículo 69 CPACA.

por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto 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.

iii) Cuando se interpone 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.

TERCERO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que, en 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 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.

CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA. (...).¹⁹

En este punto de la controversia, conviene citar como antecedente a la Corte Constitucional quien en Sentencia de Unificación SU-336 de 2017, M.P. Iván Humberto Escruería Mayolo, después de realizar un riguroso análisis legal y jurisprudencial de la figura de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, concluyó que a los docentes, quienes tienen un régimen especial prestacional, les resulta aplicable la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006, ello habida consideración que:

i) Este sector puede asemejarse a los servidores públicos, sujetos a quienes está dirigida la norma en cita y a quienes les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989; ii) En aras de garantizar la efectividad de esta prestación social, pues contribuye a evitar la mora del empleador en su pago; iii) La finalidad del legislador al expedir esta regulación fue cobijar a todos los servidores del Estado; iv) En aplicación del principio de igualdad, para que este sector tenga la misma garantía y protección para el pago oportuno de sus cesantías, respecto de los demás servidores públicos; v) Es una garantía del principio de seguridad jurídica; (vi) Por la aplicación del principio de la condición más beneficiosa y del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 C.P.; y por cuanto (vii) El contenido de la Sentencia C-741 de 2012, era un precedente que inició la aplicación de esta interpretación a favor de los docentes.

Con fundamento en lo previsto por la Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006 y dando aplicación al precedente jurisprudencial citado, detecta el Despacho que tomando como fecha comprobada de la solicitud de las cesantías el día 10 de noviembre de 2017, el plazo límite con que contaba la entidad demandada para reconocer y pagar las cesantías definitivas, vencía el **4 de**

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2018, No. Interno. 4961-15, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

diciembre de 2017, habida consideración que la petición de reconocimiento de cesantías parciales se elevó el 10 de noviembre de 2017, y visto que se pagaron las cesantías solo hasta el **28 de agosto de 2019**, transcurrieron **550 días de mora** (computados entre el 24 de febrero de 2018, día en que inició la mora, y el 27 de agosto de 2019, día anterior al pago), que debían ser reconocidos y liquidados por la entidad convocada, ello teniendo en cuenta además la asignación básica de la docente para la fecha de causación de la sanción.

No obstante, se aprecia que la propuesta conciliatoria presentada por la entidad convocada reconoció y liquidó el equivalente a 347 días de mora, 203 menos de los que legalmente le corresponden a la convocante, por lo que en principio, al no contemplar la propuesta la totalidad de los días de retardo en el pago de las cesantías, daría lugar a improbar el acuerdo, sin embargo, es menester destacar que, así como el juez tiene la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos legales y el contenido del acuerdo conciliatorio, también le compete respetar y hacer prevalecer la autonomía de la voluntad de las partes que lo suscribieron, pues se entiende que éste es producto de una negociación previa, libre y espontánea entre las mismas.

En esa medida, si las partes interesadas acordaron el pago de la sanción moratoria por 347 días de mora con corte al 27 de agosto de 2019, dicha decisión obedece a la voluntad libre y espontánea de la convocante y de la entidad estatal convocada, quienes lógicamente actúan de acuerdo a la persecución de sus intereses y su bienestar, teniendo en cuenta que si lo aprobaron, es porque previamente existió negociación en el sentido de definir el monto de la obligación, la forma de pago, el plazo, etc., y que ambas partes conservaron hasta el final la facultad de conciliar o no, tal y como lo ha precisado la jurisprudencia contencioso administrativa, por lo tanto, se considera que los términos del acuerdo suscrito provienen de la autonomía de la voluntad privada y la capacidad de negociar de las partes, el cual no resulta excesivamente ventajoso ni irrazonablemente desequilibrado en perjuicio de alguno de los interesados, es decir que se hizo conforme a los parámetros que deben tener en cuenta las entidades estatales en materia de conciliación.

Finalmente, el acuerdo no es lesivo para el patrimonio público. En este punto es pertinente precisar que, aunque solo se encuentra acreditada la asignación básica de la convocante hasta el año 2016 y no la asignación básica devengada para la fecha de su retiro definitivo del servicio—*lo cual sucedió el 30 de enero de 2017 según lo acredita el contenido de las resoluciones y certificados aportados*—, la asignación básica que tuvo en cuenta la entidad Fomag en la propuesta conciliatoria *-equivalente a \$3.397.579-* no afecta el patrimonio público, en consideración a que lo conciliado en el sub lite, no supera el valor que correspondería a la convocante si se tuviesen en cuenta todos los días de mora *- 550 días-* con la asignación básica del año 2016 *-\$3.120.336-*.

De este modo, como quiera que se concilió un derecho reconocido en la ley y sobre el 90% de su valor, lo cual era jurídicamente viable habida consideración que se trató de un derecho económico disponible por la parte beneficiaria, y en tanto que, en la aludida conciliación prejudicial no se reconoció indexación alguna, lo cual se atemperó a las sub-reglas jurisprudenciales en cita, se concluye que el acuerdo no es lesivo para el patrimonio público.

Además, detecta el Despacho que la fecha de reclamación del pago de la sanción moratoria elevada por la actora ante la entidad accionada fue el 20 de noviembre de 2020, en tal sentido diríamos de manera general que están prescritos los valores causados con anterioridad al 20 de noviembre de 2017, sin embargo, en el sub examine la sanción moratoria por la consignación inoportuna de las cesantías parciales se causó a partir del 24 de febrero de 2018 y hasta el 27 de agosto de 2019, por lo que no hay lugar a aplicar este modo de extinguir las obligaciones jurídicas en este caso.

Así las cosas, el Despacho encuentra que los requisitos a que se ha hecho alusión se encuentran plenamente acreditados, razón por la cual se aprobará el acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes el día 25 de octubre de 2021.

En razón de lo expuesto, el JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI,

RESUELVE:

PRIMERO: APROBAR el acuerdo conciliatorio logrado entre la señora ANA JOVITA AGUILERA BAREÑO y la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, que consta en el Acta de Conciliación fechada 25 de octubre de 2021, suscrita en la ciudad de Cali ante la Procuraduría 18 Judicial II Para Asuntos Administrativos de Cali.

Como consecuencia de lo anterior,

SEGUNDO: La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, se compromete a pagar el valor de **\$25.277.789** a favor de la señora ANA JOVITA AGUILERA BAREÑO, por concepto de sanción moratoria por el pago tardío de unas cesantías definitivas causadas a su favor. Ello acorde con la siguiente fórmula: No. de días de mora 347 calculados hasta el 27 de agosto de 2019; asignación básica aplicable: \$ 3.397.579; valor total de la mora \$ 39.298.444 de los cuales se deduce \$11.212.011 por pago por vía administrativa; saldo pendiente de la mora \$28.086.433 del cual se concilia el valor de \$25.277.789 equivalentes al 90% de la mora. Dicho pago se hará en un plazo de 1 mes después

de la aprobación judicial de la presente conciliación. Destacándose que no se reconocen valores por indexación y la indemnización se paga con cargo a los recursos del FOMAG.

TERCERO: Tanto el **Acuerdo Conciliatorio** llevado a cabo entre las partes, como esta providencia que lo aprueba, tienen efectos de **COSA JUZGADA Y PRESTAN MÉRITO EJECUTIVO**.

CUARTO: Envíese copia de este proveído a la señora Procuradora 57 Judicial I para Asuntos Administrativos de Santiago de Cali e igualmente expídase copia a las partes.

QUINTO: ARCHÍVESE la actuación una vez ejecutoriada la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

VANESSA ÁLVAREZ VILLARREAL

Juez

mcmr

Firmado Por:

Vanessa Alvarez Villarreal

Juez

Juzgado Administrativo

Oral 012

Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7221da121f8917bc603cc95d958b7a45c30733c3013c4de84a954f009da826d5**

Documento generado en 15/12/2021 10:23:59 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>