



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Demandante: MERLY MONTEALEGRE MONTEALEGRE
Demandados: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG Y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA.
Radicado N° 73001-33-33-005-2019-00138-00

ACTA N° 00312

En Ibagué, siendo las cinco de la tarde (05:00PM) del día seis (06) de diciembre de dos mil diecinueve (2019) el suscrito Juez Quinto Administrativo del Circuito de esta ciudad, en asocio con la Oficial Mayor del Despacho a quien designó como Secretaria Ad-hoc para esta diligencia, se constituye en audiencia en la **Sala N° 6** ubicada en las instalaciones donde funcionan los Juzgados Administrativos del Circuito de Ibagué, con el fin de realizar la **AUDIENCIA INICIAL** que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A, dentro del expediente de la referencia, a la que se citó mediante providencia del 29 de noviembre de 2019¹ a efectos de proveer el saneamiento del proceso, la decisión de excepciones previas, la fijación del litigio, la posibilidad de una conciliación entre las partes, la resolución de medidas cautelares, el decreto de las pruebas peticionadas y en caso de ser posible, proferir decisión de mérito.

Se informa a los intervinientes que el presente debate será grabado con los equipos de audio con que cuenta éste recinto de conformidad con lo dispuesto el numeral 3° del artículo 183 del C.P.A.C.A.

En consecuencia, se solicita a las partes y a sus apoderados que de viva voz se identifiquen indicando nombre completo, documento de identificación, tarjeta profesional en el caso de los apoderados, dirección donde reciben notificaciones, al igual que sus correos electrónicos. Dicha grabación se anexará al expediente en medio magnético.

Parte demandante: MARIA NINY ECHEVERRY PRADA CC. N° 28.915.209 de Ibagué y la T.P. N° 179.189 del C. S. de la J. Dirección: Calle 10 No. 3-16 Piso 2 de la ciudad de Ibagué. Tel. 3178952593 Correo electrónico: maria_ninycp@hotmail.com

Parte demandada FOMAG: YANETH PATRICIA MAYA GÓMEZ identificada con la cédula de ciudadanía N° 40.927.890 de Riohacha y la T.P. N° 93.902 del C.S. de la J. Dirección: Carrera 5 calle 37 local 110 Edificio Fontainebleau la ciudad de Ibagué. Tel. 3005875100 Correo electrónico: t_ymaya@fiduprevisora.gov.co, notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co, procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co

En este estado de la diligencia se reconoce personería adjetiva al abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS con cédula de ciudadanía N° 80.211.391 y T.P N° 250.292 del C.S de la J. Así mismo, se reconoce personería adjetiva a la abogada

¹ FI 64-65

YANETH PATRICIA MAYA GÓMEZ identificada con la C.C. N° 40.927.890 de Riohacha y la T.P. N° 93.902 del C.S. de la J, como apoderada judicial sustituta de la LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS, en la forma, términos y para los efectos de la sustitución poder allegado a la presente diligencia. (Se anexa poder de sustitución en cinco folios útiles).

Parte demandada DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: GUSTAVO ADOLFO ORTIZ TRUJILLO, identificado con cédula de ciudadanía N° 14.229.944 de Ibagué y la T.P. No. 96.966 del C. S. de la J Dirección: piso 10 edificio Gobernación del Tolima – Departamento Jurídico. Tel: 3102463916 Correo electrónico: abogadoortiz@hotmail.com

Ahora bien, instalada en debida forma la presente audiencia procede el Despacho a desarrollar la etapa inicial o de **SANEAMIENTO DEL PROCESO** aclarando que la misma tiene por finalidad evitar decisiones inhibitorias o futuras nulidades.

Se advierte que revisada en su totalidad la actuación procesal, el suscrito encuentra que la misma se ha surtido en debida forma, sin que se evidencie causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, y no se hace necesario la adopción de medidas de saneamiento.

Pese a lo anterior, el Despacho pregunta a las partes si advierten alguna inconsistencia en el trámite procesal susceptible de afectar total o parcialmente la legalidad de la actuación, con miras a sanear el procedimiento, de conformidad con el mandato contenido en el artículo 207 del C.P.A.C.A., recordándole a las partes, que los posibles vicios que se adviertan en esta etapa no podrán ser alegados en etapas posteriores, salvo que se trate de hechos nuevos.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

Apoderada parte demandante: Sin observación.

Apoderado parte demandada- FOMAG Sin observación.

Apoderado parte demandada- DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: Sin observación.

EXCEPCIONES PREVIAS: Continuando con el trámite de la audiencia, corresponde resolver las excepciones previas y las que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 No. 6 del CPACA, deban ser resueltas en esta etapa.

Revisado el expediente, se observa que el **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA** al momento de contestar la demanda, no formuló excepciones².

Así mismo, se advierte que la entidad demandada **Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG**, al momento de contestar la demanda propuso como *excepción genérica*³.

Como no existen excepciones previas que resolver, y por su parte el Despacho no advierte la existencia de alguna de ellas o de otras que deban ser resueltas en esta oportunidad, se continuará con la etapa siguiente de esta audiencia, las demás excepciones propuestas como de mérito, serán resueltas con el fondo del asunto.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

² Fls 46-49

³ Fls 58-59

Parte demandante: Sin observación.

Parte demandada NACIÓN – MIN – EDUCACIÓN - FOMAG: Sin observación.

Parte demandada DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: Sin observación.

Ministerio Público: Sin observación.

FIJACIÓN DEL LITIGIO: El Despacho procede a fijar el litigio advirtiendo que del contenido de la demanda, de las contestaciones a la misma y de los documentos obrantes en el expediente, se sustraen los siguientes hechos que guardan relevancia con el objeto de la litis, excluyéndose de los mismos, manifestaciones que no tengan relación directa con lo pretendido.

Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG: Al momento de contestar la demanda indicó que los hechos 1° y 4° son ciertos, que el hecho 2° es parcialmente cierto, los hechos 3° y 6° no son hechos y el hecho 5° no le constan⁴.

Departamento del Tolima: Al momento de contestar la demanda indicó que los hechos 1°, 2°, 3, 4°, 5° y 7° son ciertos y que el hecho 6° es parcialmente cierto⁵.

Conforme a lo anterior, los **HECHOS PROBADOS** son los siguientes:

1. La demandante **MERLY MONTEALEGRE MONTEALEGRE** por prestar sus servicios como **docente con vinculación nacional y por pertenecer al régimen anualizado de cesantías**, el **26 de enero de 2018** solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de sus **cesantías parciales para reparación de vivienda** (FI. 19).
2. Mediante **Resolución N° 2803 del 18 de abril de 2018** el Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura reconoció al demandante las cesantías parciales para reparación de vivienda (FIs 17-18).
3. El **21 de julio de 2018** se dejó a disposición a través de la entidad bancaria BBVA la prestación reconocida al demandante (FI 63).
4. El **10 de septiembre de 2018 mediante petición a la que le fue asignado el número de radicación 2018PQR23404** la demandante por intermedio de apoderado judicial solicitó a la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus **cesantías parciales para reparación de vivienda** (FIs 14-16).
5. La anterior petición a la fecha de presentación de la demanda, no fue atendida por la entidad demandada.

De conformidad con lo anterior, se procede a fijar el **PROBLEMA JURÍDICO** de la siguiente manera:

Corresponde determinar si *“la señora **MERLY MONTEALEGRE MONTEALEGRE** tiene derecho a que le sea reconocida y pagada la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 por el pago tardío de sus **cesantías parciales** y en*

⁴ FI. 54- 54 vto

⁵ FI 46

consecuencia, determinar si el acto ficto o presunto negativo producto de la petición con radicado 2018PQR23404 del 10 de septiembre de 2018 está ajustado o no a derecho?

Establecido lo anterior, se concede la palabra a las partes con el fin que manifiesten si están de acuerdo con la fijación del litigio.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

Parte demandante: Sin observación.

Parte demandada NACIÓN – MIN – EDUCACIÓN - FOMAG: Sin observación.

Parte demandada DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: Sin observación.

Ministerio Público: Sin observación.

CONCILIACIÓN: Una vez fijado el litigio se procede a invitar a las partes a que concilien sus diferencias, para lo cual se concederá el uso de la palabra a cada una de ellas para que indiquen si tienen ánimo para llegar a un arreglo.

Parte demandada FOMAG: A la entidad no le asiste ánimo conciliatorio atendiendo lo decidido por el comité de conciliación luego de hacer un análisis del caso. Aporta la decisión del comité en dos folios.

Parte demandada DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: A la entidad no le asiste ánimo conciliatorio atendiendo lo decidido por el comité de conciliación luego de hacer un análisis del caso. Solicita al Despacho que se le conceda el término de tres días para allegarla puesto que no se encontraba suscrita.

DESPACHO: Escuchada la posición de la parte demandada y teniendo en cuenta que no le asiste ánimo conciliatorio, el Despacho **declara fallida** esta etapa de la audiencia. Se le concede el término de 3 días al apoderado del Departamento del Tolima para que allegue el acta del comité de conciliación.

Parte demandante: Sin observación.

Parte demandada NACIÓN – MIN – EDUCACIÓN - FOMAG: Sin observación.

Parte demandada DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: Sin observación.

Ministerio Público: Sin observación.

MEDIDAS CAUTELARES: Continuando con el trámite establecido en el artículo 180 del C.P.A.C.A., sería del caso resolver sobre las medidas cautelares; no obstante, como aquellas no se solicitaron se declara concluida esta etapa.

DECRETO DE PRUEBAS: El Despacho procede a decretar las pruebas solicitadas por las partes **que sean pertinentes, conducentes y útiles** para resolver el problema jurídico planteado en la etapa de fijación del litigio, así:

PARTE DEMANDANTE: Téngase como pruebas, con el valor probatorio que les asigna la ley, los documentos aportados por la parte actora y que obran a folios 13 al 20 y 62 a 63 del expediente.

PARTE DEMANDADA: Ministerio de Educación Nacional – FOMAG: al momento de contestar la demanda no aportó ni solicitó ninguna prueba⁶.

PARTE DEMANDADA – Departamento del Tolima: al momento de contestar la demanda no aportó ni solicitó ninguna prueba, pese a que en el escrito de

⁶ Fl. 58 vto

contestación manifiesta allegar los antecedentes administrativos⁷.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

Parte demandante: Sin observación.

Parte demandada NACIÓN – MIN – EDUCACIÓN - FOMAG: Sin observación.

Parte demandada DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: Sin observación.

Ministerio Público: Sin observación.

En consecuencia, atendiendo a que el presente asunto es de puro derecho y que no existen pruebas por practicar, se prescinde de la segunda etapa del proceso (audiencia de pruebas) de conformidad con lo preceptuado en el inciso final del artículo 179 del CPACA.

La presente decisión se notifica en estrados.

Parte demandante: Sin observación.

Parte demandada NACIÓN – MIN – EDUCACIÓN - FOMAG: Sin observación.

Parte demandada DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: Sin observación.

Ministerio Público: Sin observación.

Efectuadas las anteriores precisiones y atendiendo a que se prescindió del término probatorio, el Juzgado continuando con la presente diligencia se constituye en **AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO**, y por tal razón se concede a cada una de las partes el término de hasta cinco (05) minutos para que expongan sus alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que si a bien lo tiene proceda a presentar sus alegatos de conclusión.

Parte demandante: Expuso sus alegatos de conclusión los cuales quedan registrados en sistema de audio y video (**Min 20:55-21:11**).

Parte demandada – Nación – Ministerio de Educación – FOMAG: Expuso sus alegatos de conclusión los cuales quedan registrados en sistema de audio y video (**Min 21:18-22:13**).

Parte demandada Departamento del Tolima: Expuso sus alegatos de conclusión los cuales quedan registrados en sistema de audio y video (**Min 22-17-32:11**).

Escuchada la posición de las partes y analizada la totalidad de la actuación procesal, encuentra el Despacho que están acreditados los presupuestos procesales, y como no se observa causal alguna que invalide lo actuado, resulta oportuno y procedente proferir decisión de mérito.

De conformidad con el artículo 179 y 187 de la ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación.

SENTENCIA

Habiéndose expuesto en precedencia los hechos que dieron origen a la presente demanda, las pretensiones elevadas por la parte demandante, las normas violadas y el concepto de la violación, el Despacho se abstendrá de volver sobre estos puntos.

COMPETENCIA

⁷ Fl. 58 vto

Es competente este Despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el numeral 4 del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibidem*.

Así las cosas, recuerda el Despacho que el **problema jurídico** por resolver consiste en determinar si:

Corresponde determinar si *“la señora MERLY MONTEALEGRE MONTEALEGRE tiene derecho a que le sea reconocida y pagada la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 por el pago tardío de sus cesantías parciales y en consecuencia, determinar si el acto ficto o presunto negativo producto de la petición con radicado 2018PQR23404 del 10 de septiembre de 2018 está ajustado o no a derecho?”*.

EL AUXILIO DE CESANTÍA Y LA SANCIÓN MORATORIA.

A pesar de que las normas que la regulan no definen el auxilio de cesantías, se ha considerado por parte del Honorable Consejo de Estado que: “este auxilio corresponde a una suma de dinero que el empleador está obligado a pagar al trabajador a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio a la finalización del contrato de trabajo, en el caso de los particulares; o en el caso de los públicos, un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero basado en el mismo fundamento jurídico y filosófico a una y otra clase de trabajadores: la relación de trabajo”⁸.

Su objetivo o finalidad es “cubrir o prever las necesidades que se originan para el trabajador con posterioridad al retiro de una empresa, por lo que resulta un ahorro obligado orientado a cubrir el riesgo de desempleo. Se trata de un objetivo acorde con los principios de una Constitución humanista fundada en el respeto por la dignidad humana, en este caso del trabajador”⁹

En lo relativo a la aplicación de la ley 1071 de 2006 (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) a los docentes oficiales, el artículo segundo de la citada disposición, estableció que dentro de los destinatarios de esta ley se encontraban los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, incluyendo obviamente a los docentes oficiales.

De otra parte, en los artículos 4 y 5 de la citada disposición, se reguló el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías, sus términos y las sanciones respectivas, estableciendo lo siguiente:

« [...] 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»

⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II Subsección A, del 11 de noviembre de 2009, ExpedienteNo250002325000200304523 01 (0808-07), Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C – 823 de 2006.

Así mismo, frente a la sanción moratoria, el artículo 5 reguló:

« [...] 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. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este [...] (subraya fuera texto).

De la normatividad transcrita se observa que el legislador no sólo reguló la mora en el pago de las cesantías, sino que además le dio un término a la entidad para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las mismas, por ende, debe estudiarse cada caso en concreto, pues si el acto administrativo de reconocimiento se expide dentro del término legal conferido, los 45 días para el pago comienza a contabilizarse desde la firmeza del mismo; no obstante, si la entidad competente para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías sobrepasa el término para emitirlo, por culpa de la entidad y no del solicitante, no es procedente inferir que el término de la sanción moratoria empieza a contarse desde la firmeza del acto administrativo expedido tardíamente, toda vez que ello atentaría contra el espíritu de la norma, que es darle un tiempo prudencial a la entidad para que realice el procedimiento interno de reconocimiento y pago de una prestación social que le pertenece al servidor público por el solo hecho de laborar en la entidad.

De otra parte, en cuanto a la aplicación de la ley 1071 de 2006 a los docentes, la Honorable Corte Constitucional, mediante sentencia C-486 de 2016 declaró inexecutable el artículo 89 de Ley 1769 de 2015 "por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y Ley de Apropiações para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2016", en tanto estimó que con la modificación realizada por la Ley 1769 de 2015 el nuevo régimen de pago de las cesantías de los docentes afectaba los intereses de los mismos, razón por la cual señaló:

"En concepto de la Sala, la modificación que se introdujo por el legislador al régimen de pago de las cesantías de los docentes se concreta en dos aspectos. La ampliación del plazo para pagarlas y la disminución de la sanción en la cancelación de los intereses de mora por incumplimiento de esta obligación.

Estas dos medidas afectan, en principio, los intereses de los trabajadores y, al incidir en el pago de las cesantías, puede concluirse que la medida es, prima facie, restrictiva. Sin embargo, podría argumentarse en contra de esta conclusión que el plazo y los intereses por mora son aspectos accesorios y que el legislador no tocó ni 'el núcleo' esencial, ni el contenido específico del derecho a las cesantías, sino que instrumentalizó determinada forma de pago.

Este contra argumento, sin embargo, pasaría por alto el sentido mismo de las cesantías. El plazo para su pago tiene relevancia pues, precisamente, pretenden auxiliar a la persona que se queda temporalmente sin trabajo, razón por la cual es necesario que el lapso de espera sea razonable y, aunque no le corresponde a la Corte establecer cuál es, exactamente, ese plazo razonable, sí es claro para este tribunal que ampliarlo, sin razones poderosas para hacerlo, es inconstitucional. En lo que tiene que ver con el interés por mora ocurre algo

semejante. La razón por la cual en algunas normas sustantivas el legislador ha incorporado la sanción de un día de salario por cada día de mora es, precisamente, porque una persona sin trabajo sufre cada día una lesión intensa a su mínimo vital. Una vez más, lo anterior no significa que esta sea la única forma válida de calcular tal interés, pero su modificación por otra fórmula debe basarse en razones constitucionales que justifiquen la regresión.

Por otra parte, es imprescindible señalar que el análisis de regresividad sí admite 'pasos atrás', pero que la carga de justificarlos radica en quien impone la medida, es decir, para el caso de las leyes, en el Congreso de la República. En este trámite, sin embargo, no existe una justificación específica y satisfactoria que, en el proceso de elaboración de la ley, explique la decisión de modificar el plazo y la sanción por mora en el pago de las cesantías. Y ello es explicable, en la medida en que se trata de una norma incluida en una ley que trataba un aspecto totalmente distinto, según se ha concluido en el estudio por violación al principio de unidad de materia.

Así las cosas, resulta que con la introducción del artículo 89 de la Ley 1769 de 2015 no sólo se desconoció el principio de unidad de materia, sino que, además, se creó un régimen más oneroso y regresivo en términos de pago de cesantías y de intereses de mora, que modifica lo establecido en los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, ya que el plazo para el pago de las cesantías pasa de cuarenta y cinco (45) días hábiles a sesenta (60) días hábiles, que en términos reales puede llegar a ser desde ochenta (80) días hábiles hasta ochenta y cinco (85) días hábiles por la utilización de los recursos, dando lugar a que se amplíe en un término de hasta quince días el pago de las cesantías para los docentes oficiales." (Subraya el Despacho).

A su turno, la Corte Constitucional¹⁰ en Sentencia SU 336 del 18 de mayo de 2017 consideró que en virtud al derecho a la igualdad, es procedente el reconocimiento de indemnización moratoria a favor de los docentes oficiales por el pago tardío de las cesantías, establecido en el régimen general de Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, concluyendo lo siguiente:

"9. Conclusiones

9.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías.

Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.

9.2. La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías,

¹⁰ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU 336 de 2017. MP. Iván Humberto Escruceria Mayolo. 18 de mayo de 2017.

establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, **unificará la jurisprudencia sobre el particular**. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989.

(iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.

(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.

(vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución.

(...)."'

Posteriormente, el Consejo de Estado en sentencia de Unificación¹¹ sobre el mismo tópico fijó las siguientes reglas:

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 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:

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sala Plena. Radicado N° 73001-23-33-000-2014-00580-01. CE-SUJ-SII-012-2018. 18 de julio de 2018.

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 ley 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. 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 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.

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.

(...)."

Significa lo anterior que, los docentes oficiales tienen derecho al reconocimiento de la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecido en el régimen general de Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, con sustento en las reglas fijadas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, las cuales son acogidas en su integridad por el Despacho.

CASO CONCRETO:

Está acreditado en el proceso que la señora MERLY MONTEALEGRE MONTEALEGRE por prestar sus servicios como **docente NACIONAL y por pertenecer al régimen anualizado de cesantías**, el **26 de enero de 2018** solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de sus **cesantías parciales por reparación de vivienda** (FI 17-18).

Por lo anterior, mediante Resolución N° **2803 del 18 de abril de 2018**, el Departamento del Tolima reconoció la prestación deprecada por la demandante (FIs 17-18).

En virtud de lo anterior, el **21 de julio de 2018** el Fondo de Prestaciones del Magisterio – Fiduprevisora S.A dejó a disposición del demandante el valor de las cesantías reconocidas mediante la Resolución antes mencionada (Fl.63).

Posteriormente, el **10 de septiembre de 2018 a través de radicado 2018PQR23404**, la demandante por intermedio de apoderado judicial solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus **cesantías parciales para reparación de vivienda** (Fls 17-18); no obstante, se advierte que a la fecha de presentación de la demanda, la petición no fue atendida por la entidad demandada, en tanto no obra documento alguno que así lo acredite.

Ahora bien, la Ley 1071 de 2006 en su artículo 4º párrafo, establece que en caso que la entidad observe que la solicitud para el pago de cesantías estuviere incompleta, lo debe informar al peticionario para que éste subsane o allegue los documentos faltantes; lo anterior, dentro de los 10 días hábiles siguientes al recibo de la solicitud.

No obstante, en el expediente no se halló documento alguno que acreditara tal circunstancia, y por su parte, de la lectura de la resolución que reconoció y ordenó el pago de **cesantías parciales** a favor del demandante, se colige que aquella presentó todos los documentos requeridos por la administración para el reconocimiento y pago de dicha prestación.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006 y la citada jurisprudencia del H. Consejo de Estado, la administración contaba con 65 días hábiles a partir de la primera solicitud presentada por la demandante, y a partir de la vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹², aumentó a un total de **70 días hábiles**¹³, para reconocer y pagar dicha prestación social de forma efectiva, término que comprendía **15 días** destinados al reconocimiento de la prestación, que se cumplieron en las fechas que a continuación se indica, sin que el acto de reconocimiento hubiere sido expedido dentro de los citados **15 días**.

A ello le sumamos diez (10) días de ejecutoria en los términos de los artículos 76 y 87 del C.P.A.C.A, y finalmente **cuarenta y cinco (45) días** para el pago de las cesantías contados a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las mismas, conforme lo establece el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

TÉRMINO	Fecha de la reclamación de las cesantías	Vencimiento del término para el reconocimiento - 15 días (Art. 4 L. 1071/2006	Vencimiento del término de ejecutoria – 10 días (Arts. 76 y 87 CPACA)	Vencimiento del término para el pago - 45 días (Art. 5 L. 1071/2006)
FECHA	26 de enero de 2018	16 de febrero de 2018	02 de marzo de 2018	10 de mayo de 2018

¹² 2 de julio de 2012.

¹³ Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sala Plena. Radicado N° 73001-23-33-000-2014-00580-01. CE-SUJ-SII-012-2018. 18 de julio de 2018.

CASO CONCRETO – MERLY MONTEALEGRE MONTEALEGRE	
Fecha de reconocimiento	18 de abril de 2018
Fecha de pago	21 de julio de 2018
Periodo de mora	11 de mayo de 2018 al 20 de julio de 2018
Total días de mora	71

Del anterior cuadro informativo de fechas, se colige que la administración incumplió con los términos establecidos en las disposiciones citadas para efectos del pago de las **cesantías parciales** del demandante, situación que da lugar al pago de la sanción de indemnización moratoria por su pago inoportuno.

Ha de tenerse en cuenta que los postulados constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho, consagran el pago oportuno de salarios, pensiones y demás prestaciones sociales, como una responsabilidad y deber inexcusable en cabeza de la administración para con sus empleados y funcionarios; razón por la cual el legislador, a manera de sanción, atribuyó una consecuencia económica al retraso en el desembolso del auxilio en comento, consistente en un día de salario por cada día de retardo, hasta cuando se verifique efectivamente el pago de la cesantía.

Conforme a lo anterior, el Despacho encuentra prueba de la ilegalidad del acto administrativo demandado en razón a que infringió normas en las cuales deberían fundarse, dado que efectivamente la entidad demandada incurrió en mora de manera injustificada respecto al pago de la prestación económica reclamada por los demandantes.

De otra parte, frente a la pretensión de ajuste o indexación de la sanción moratoria conforme lo dispone el artículo 187 del C.P.A.C.A, resulta pertinente señalar que el H. Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A, mediante proveído del 26 de agosto de 2019 C.P Dr. William Hernández Gómez, aclaró los límites y la interpretación que se ha efectuado a la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 frente al ajuste de valor de la suma a pagar por sanción moratoria; frente a lo cual se consideró:

"... la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. B) Cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia –art 187- y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

(...)

En conclusión: No es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación, dada la naturaleza de dicha indemnización, sin embargo el valor total generado sí se ajustará en su valor desde la fecha que cesó dicha mora (10 de julio de 2015) hasta la ejecutoria de la sentencia"

Vistas así las cosas, por tratarse de una penalidad económica y debido a la naturaleza sancionadora de la sanción deprecada, el Despacho negará la indexación de la sanción moratoria durante su causación. No obstante lo anterior, se dispondrá que la suma total debida por concepto de sanción moratoria se ajuste

desde el día siguiente en que la misma cesó hasta la ejecutoria de la presente sentencia, conforme lo dispone el artículo 187 del C.P.A.C.A.

Ahora bien, de conformidad lo dispuesto en el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se entenderá que si transcurridos 3 meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, la respuesta de la misma es negativa.

Por lo anterior, se encuentra acreditada la existencia del **acto ficto o presunto negativo** derivado de la reclamación efectuada por la demandante a través del radicado **2018PQR23404 del 10 de septiembre de 2018**; solicitud de la cual no se recibió respuesta por parte de la entidad demandada, aun al momento de presentación de la demanda el **13 de marzo de 2019**.

En consecuencia, se accederá a las pretensiones de la demanda, declarándose la nulidad del **acto ficto o presunto negativo derivado de la petición con radicado 2018PQR23404 del 10 de septiembre de 2018 y configurado el 11 de diciembre de 2018**, por medio de la cual la señora **MONTEALEGRE MONTEALEGRE** solicitó por intermedio de apoderado judicial a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus **cesantías parciales para reparación de vivienda**.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad demandada, a reconocer y pagar a la señora **MERLY MONTEALEGRE MONTEALEGRE** el valor correspondiente a un (1) día de salario vigente al momento de la mora por cada día de retardo, desde el **11 de mayo al 20 de julio de 2018**, esto es, el periodo que se encuentra pendiente de pago, destacando que los días de sanción moratoria corresponden a **71 días**, sanción que deberá pagarse en los términos del parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Prescripción: En lo que respecta a la prescripción, el Despacho la determinará en los siguientes términos:

Fecha Solicitud Cesantías	Fecha Exigibilidad del Derecho	Fecha Reclamación que interrumpe prescripción	Fecha Presentación Demanda	Decisión
26 de enero de 2018	10 de mayo de 2018	10 de septiembre de 2018	13 de marzo de 2019	No operó Prescripción

Condena en costas: De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del CPACA, en consonancia con lo indicado en el artículo 365, numeral 1 del C.G.P., habrá lugar a condenar en costas a la parte vencida en el proceso, esto es, a la parte demandada FOMAG.

Se fijarán como agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la suma de \$300.000 pesos¹⁴, equivalente al 4% de lo pedido, que deberán ser incluidas en las costas del proceso.

De otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 2831 de 2005, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 se exhortará al Departamento del Tolima, para que realice las gestiones administrativas a su cargo, esto es, la elaboración del proyecto de resolución dentro del término que establece la ley con el fin que se logre dar efectivo cumplimiento de la condena aquí impuesta.

¹⁴ Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo N° PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la existencia del **acto ficto o presunto negativo** derivado de la reclamación efectuada por la demandante a través de apoderado judicial mediante petición con radicado **2018PQR23404 del 10 de septiembre de 2018**, de conformidad con lo considerado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la **nulidad del acto ficto o presunto negativo derivado de la petición con radicado 2018PQR23404 del 10 de septiembre de 2018 y configurado el 11 de diciembre de 2018**, por medio de la cual la señora **MONTEALEGRE MONTEALEGRE** solicitó por intermedio de apoderado judicial a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus **cesantías parciales**, de conformidad con lo considerado en la presente providencia.

TERCERO: ORDENAR a título de restablecimiento del derecho que la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconozca y pague a la señora **MERLY MONTEALEGRE MONTEALEGRE** el valor correspondiente a un (1) día de salario vigente al momento de la mora por cada día de retardo, desde el 11 de mayo de 2018 al 20 de julio de 2018, esto es, el periodo que se encuentra pendiente de pago, destacando que los días de sanción moratoria corresponden a **71 días**, en atención a lo deprecado por la parte demandante, sanción que deberá pagarse en los términos del parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, conforme se expresó en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR en costas en ésta instancia a la parte demandada **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por haber resultado vencida dentro del presente asunto. Fijar como agencias en derecho, a su cargo y favor de la demandante la suma de \$300.000 pesos, que deberán ser incluidas en las costas del proceso. Por secretaria liquídese.

QUINTO: **NEGAR** la indexación de la sanción deprecada conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, no obstante la misma deberá ser ajustada desde el día siguiente de la causación hasta la ejecutoria de la presente sentencia, conforme lo dispone el artículo 187 del C.P.A.C.A.

SEXTO: El cumplimiento de la sentencia se atenderá conforme a los términos previstos conforme a lo dispuesto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: ORDENAR la devolución de los remanentes que por gastos procesales consignó la parte demandante, si los hubiere.

OCTAVO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del CGP, a la parte que lo solicitara.

NOVENO: EXHORTAR al Departamento del Tolima, para que realice las gestiones administrativas a su cargo, esto es, la elaboración del proyecto de resolución dentro

del término que establece la Ley con el fin que se logre dar efectivo cumplimiento de la condena aquí impuesta.

DÉCIMO: NEGAR las excepción genérica propuesta por el FOMAG, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

En firme la presente providencia, archívese el expediente.

La presente decisión se **notifica en estrados** de conformidad con el artículo 202 del C.P.A.C.A y contra ella procede el recurso de apelación dentro de los 10 días siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 del C.P.A.C.A.

CONSTANCIA: Se deja constancia que se respetaron los derechos y garantías establecidos tanto en la Constitución y en la Ley, asimismo, que no se avizoran causales de nulidad que invaliden en todo o en parte lo actuado que ameriten la adopción de medidas de saneamiento.

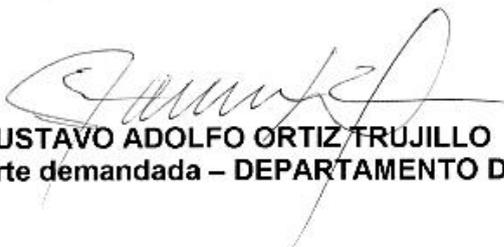
No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se da por terminada la misma siendo las 05:55 PM del día de hoy **06 de diciembre de 2019** y se suscribe el acta por quienes en ella intervinieron, luego de leída y aprobada.

La presente diligencia se grabó en sistema de audio y video, que se incorpora al expediente en CD.

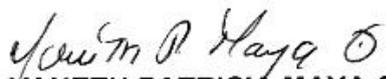


OSCAR ALBERTO JARRO DÍAZ
JUEZ

MARIA NINY ECHEVERRY PRADA
Apoderada parte demandante.



GUSTAVO ADOLFO ORTIZ TRUJILLO
Apoderado parte demandada – DEPARTAMENTO DEL TOLIMA



YANETH PATRICIA MAYA GÓMEZ
Apoderada parte demandada – FOMAG – M.E.N.



AMANDA CRISTINA TOVAR TEJADA
Secretaria Ad-Hoc