

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

Villavicencio, 24 de julio de 2020

REFERENCIA: CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL
CONVOCANTE: CLAUDIA ESPERANZA SABOGAL MESA
CONVOCADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FOMAG
EXPEDIENTE: 50001-3333-005-2020-00087-00

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la legalidad del acuerdo conciliatorio celebrado entre CLAUDIA ESPERANZA SABOGAL MESA la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG).

I. ANTECEDENTES

1. SOLICITUD

La señora CLAUDIA ESPERANZA SABOGAL MESA convocó a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG), ante el Agente del Ministerio Público, con el objeto de obtener de la administración el pago de la sanción que, por mora en el reconocimiento y el pago de sus cesantías parciales, considera causada a su favor, al tenor de lo dispuesto en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

2. ACUERDO

Ante la Procuraduría 94 Judicial I para Asuntos Administrativos, en audiencia celebrada en las sesiones del 3 de febrero, 9 de marzo y 30 de marzo de 2020, las partes llegaron al siguiente acuerdo:

“(…)

De conformidad con las directrices aprobadas por el comité de conciliación y defensa judicial del ministerio de educación nacional en sesión del 13 de septiembre de 2019, y de acuerdo con el estudio técnico presentado por Fiduprevisora S.A. como sociedad administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG, la posición del Ministerio es CONCILIAR en la audiencia de conciliación programada en virtud de la solicitud de conciliación que ha promovido CLAUDIA ESPERANZA SABOGAL MESA con C.C. 21235604 contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION – FOMAG, y en donde se pretende el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías, bajo los siguientes parámetros, 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:

No. De días de mora: 56

Asignación básica aplicable \$3397579

Valor de la mora \$6342147

Valor a conciliar: \$5707932,2999999998 (90%)

Tiempo de pago después de la aprobación judicial de la conciliación: 1MES (DESPUES DE COMUNICADO EL AUTO DE APROBACIÓN JUDICIAL). No se reconoce valor alguno por indexación. 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), Certificación de fecha 18 de febrero de 2020. (...)"

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 640 de 2001, el juez competente para aprobar una conciliación extrajudicial en materia de lo contencioso administrativo, es aquel que lo sea para conocer el medio de control respectivo.

En este caso, el medio de control judicial respectivo es el de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, para el cual, en términos del numeral 2° del artículo 155 del C.P.A.C.A., este Despacho es competente; luego, también lo es para revisar la legalidad de la conciliación.

2. MARCO NORMATIVO

2.1. Generalidades.

La conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos fue introducida en nuestra legislación por la Ley 23 de 1991, modificada por la Ley 446 de 1998 y luego por la Ley 640 de 2001, que en su artículo 64 de la Ley 446 de 1998, señala que la conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado denominado conciliador.

Esta norma reguló aquellos asuntos que son conciliables precisando en el artículo 65 que se podrán conciliar todas las materias susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación.

Igualmente, la norma prevé que en los procesos contenciosos administrativos la conciliación sólo es procedente en los conflictos de carácter particular y contenido económico, es decir, aquellos que se tramiten en ejercicio de las acciones previstas en los artículos 138, 140 y 141 del C.P.A.C.A., indicando, a su vez el artículo 80 ibídem, señala que *“Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo¹, las partes individual o conjuntamente, podrán formular solicitud de conciliación prejudicial, al Agente del Ministerio Público asignado al Juez o Corporación que fuere competente para conocer de aquellas (...)"*.

A partir de la expedición de la Ley 1285 de 2009, el mecanismo de la conciliación en los asuntos que se deban ventilar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y sean conciliables, constituirá requisito de procedibilidad de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

¹ Actualmente las previstas en los artículos 138, 140 y 141 del C.P.A.C.A.

Ahora bien, el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 del C.P.A.C.A., al referirse a los requisitos previos para demandar, dispone en su numeral primero, *“Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en la que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales”*.

De las normas anteriores se deduce que los asuntos que pueden conciliarse en la etapa prejudicial deben ser aquellos cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción contencioso administrativa, mediante el ejercicio de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y contractual, que son las reguladas actualmente en los artículos 138, 140 y 141 del C.P.A.C.A.

2.2 Presupuestos de aprobación.

Según el artículo 24 de la Ley 640 de 2001, lograda la conciliación prejudicial, el acta que la contenga se remitirá, a más tardar dentro de los tres días siguientes al juez que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva, con el fin de que apruebe o impruebe dicho acuerdo.

De conformidad con la ley vigente, son requisitos de aprobación de la conciliación en materia contenciosa administrativa los siguientes:

- Que verse sobre derechos de contenido particular y económico, disponibles por las partes (artículos 65 y 70 de la Ley 446 de 1998 y 19 de la Ley 640 de 2001).
- Que las partes estén debidamente representadas y que los representantes tengan capacidad para conciliar (artículos 70 de la Ley 446 de 1998 y 1 de la Ley 640 de 2001).
- Que se realice ante un Agente del Ministerio Público asignado a esta jurisdicción (artículo 23 de la Ley 640 de 2001).
- Que cuente con las pruebas necesarias (artículos 65A de la Ley 23 de 1991 y 73 de la Ley 446 de 1998).
- Que no sea violatorio de la ley ni lesivo del patrimonio público (artículos 65A de la Ley 23 de 1991 y 73 de la Ley 446 de 1998).
- Que, de proceder la vía gubernativa, ésta haya sido debidamente agotada (artículo 81 de la Ley 446 de 1998).
- Que no haya operado el fenómeno de la caducidad del medio de control (artículo 81 de la Ley 446 de 1998).

3. CASO CONCRETO

3.1 Respecto de la materia sobre la cual versó el acuerdo.

Los convocantes y la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG afirmaron conciliar el pago de la suma de **\$5.707.932,2999999999** correspondientes al 90% del valor de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías durante 56 días.

Es claro, entonces, que se trata de un conflicto de carácter particular y contenido patrimonial susceptible de conciliación en los términos como quedó convenido.

3.2 Respecto de la representación de las partes y su capacidad.

La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG acudió a la audiencia de conciliación prejudicial representada por una profesional del derecho que, según consta en el expediente, contaba con sustitución de poder para actuar

como apoderada de esa entidad, con capacidad para conciliar (folio 26), quien actuó con base en lo aprobado por el comité de conciliación de la entidad (folio 44).

Por su parte, la parte convocante estuvo representada por quien acreditó tener poder para actuar como su apoderada en la diligencia con la finalidad de conciliar (folio 10).

De manera que las partes estuvieron debidamente representadas por quienes estaban autorizados para conciliar.

3.3 Respetto del conciliador autorizado.

La audiencia en la que se celebró el acuerdo se adelantó ante la Procuraduría 94 Judicial I para Asuntos Administrativos, esto es, ante un Agente del Ministerio Público asignado a esta jurisdicción.

3.4 Respetto del material probatorio destinado a respaldar la actuación.

Como respaldo del acuerdo conciliatorio en el expediente obran los siguientes documentos:

- Resolución No. 3068 de noviembre de 2017 por medio de la cual se reconoció las cesantías parciales por el valor de \$32.678.060, por concepto de cesantías parciales para la reparación de vivienda, descontando un valor de \$20.032.829 ya pagadas a CLAUDIA ESPERANZA SABOGAL MESA. (12 a 15 de la solicitud)
- Comprobante de pago de los recursos por concepto de CESANTÍA PARCIAL POR REPARACIÓN DE VIVIENDA de fecha febrero 13 de 2018 de la entidad bancaria BBVA (fl. 16)
- Solicitud de reconocimiento y pago de sanción moratorio respecto del pago de cesantías radicada ante la entidad el 27 de agosto de 2019. (fl. 17-18)
- Acta No. 43 del comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, expedida el 9 de julio de 2019 (folio 44).

3.5 Respetto de la no violación de la ley.

Las cesantías del personal docente oficial se encuentran reguladas por la ley 91 de 1989, que en su artículo 15 numeral 3, dispuso que a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se les conservaría el sistema de retroactividad, por el cual se reconoce 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, y frente a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad, con reconocimiento de intereses.

No obstante, tal distinción no hace inaplicables a los docentes oficiales las normas propias del régimen de cesantías aplicable a todos los empleados públicos sin distinción, entre ellas, la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

Nótese que, además de que una exclusión en ese sentido no es expresa ni se deduce del asunto regulado en aquel numeral, su alcance normativo está limitado al propósito de ajustar las cesantías de los docentes al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975, distinguiendo entre los docentes vinculados por la Nación y los docentes que, aunque vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.

La Jurisprudencia Unificada por el Consejo de Estado el 18 de julio de 2018 proferida dentro del expediente con radicado N.º 2014-00580-01(4961-15), aplicable al caso concreto, determinó 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 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:

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.

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 cuando corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley² 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.

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.

QUINTO: Señalar que el efecto de la presente sentencia de unificación será retrospectivo, y por ende, aplicable de manera obligatoria los trámites

² Artículo 69 CPACA.

pendientes de resolver en sede gubernativa y judicial. Por lo anterior, esta providencia no podrá aplicarse de manera retroactiva, respetando así la cosa juzgada de los conflictos decididos con antelación.”

En este orden de ideas, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías prevista en la Ley 244 de 1995 *“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”*, (artículos 1º y 2º) consiste en un término perentorio para la liquidación y pago de las cesantías parciales buscando que la administración expidiera la resolución en forma expedita, esto es, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud y que el pago se hiciera de manera oportuna en un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha en que quedara en firme el acto administrativo que ordene su liquidación, so pena de incurrir en la obligación de reconocer y cancelar 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.

Por su parte, 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 parciales y parciales de los servidores públicos, establece sanciones y fija términos para su cancelación”*, señaló, los plazos que debe atender la administración en materia de reconocimiento y pago de cesantías:

- Para expedir el acto de reconocimiento de las cesantías definitivas o parciales, cuenta con 15 días hábiles siguientes a la fecha de presentación de la solicitud de la liquidación, siempre y cuando el petitionario reúna los requisitos exigidos para tal efecto.
- Para efectuar el pago de la prestación social en mención, la entidad tiene un plazo máximo 45 días hábiles, a partir del momento en que quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público.

Como se advierte, la sanción se causa cuando la administración incurre en mora en el pago de las cesantías, bien sea que previamente hayan sido liquidadas mediante acto administrativo debidamente ejecutoriado, como también en aquellos eventos en que la administración no resuelve la petición de pago o lo hace tardíamente.

Al respecto la Sección Segunda, subsección A, del Consejo de Estado en providencia del 17 de noviembre de 2016³:

“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

³ Expediente 6001-23-33-000-2013-00190-01, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia O-032-2016, C.P. Dr. William Hernández Gómez

pago de una prestación social que le pertenece al servidor público por el solo hecho de laborar en la entidad.”

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que en la liquidación de esta indemnización se incluirán no sólo los días hábiles, pues cuando el legislador ordenó el pago de un día de salario por cada día de retardo no se refirió exclusivamente a días hábiles, como sí lo hace cuando alude a los términos que tiene la administración para la expedición de la resolución y para el pago. Luego, los días de salario a los que se refiere la norma se deben contar en días calendario (en ese sentido, ver sentencia del Consejo de Estado dictada el 22 de noviembre de 2012 en el expediente 25000-23-26-000-2000-01407-01, radicación interna 24872).

Por último, debe precisarse que la sanción que se analiza se enmarca en un régimen objetivo de responsabilidad, pues, como bien lo precisó el Consejo de Estado, *“la única exigencia que precisan las referidas normas es la omisión en el pago del auxilio de cesantía dentro del plazo allí señalado, sin consideración adicional de ninguna naturaleza, pues para ello la administración cuenta con un plazo suficiente para proceder a realizar el pago efectivo de dicha prestación, tal y como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Sección”* (sentencia dictada el 4 de octubre de 2012 en el expediente 080012331000200401499-01, radicado interno 1274-2010)

Luego, dada la existencia de ese respaldo jurídico, no es posible predicar violación de la ley.

3.6 Respetto de la no la afectación del patrimonio público

En cuanto al pago de sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, advierte el Despacho que a la demandante le asiste el derecho al pago de un salario por cada día calendario de retardo en que incurrió la administración, esto es, desde el día calendario siguiente a la fecha en que venció el plazo para efectuar el desembolso de las sumas que se reconocieron, que para este caso corresponde al **1 de diciembre de 2017**, hasta el día calendario anterior a aquel en que efectivamente el dinero quedó a disposición de la demandante, que para el caso corresponde al **12 de febrero de 2018**, como quiera que el plazo para pagar las cesantías en oportunidad vencía el 30 de noviembre de 2017.

Por su parte la administración planteó en la fórmula de conciliación el reconocimiento a la convocante del 90% de 56 días de mora, que equivale a la suma de **\$5.707.932**, lo cual permite constatar que el acuerdo al que llegaron las partes no lesiona el patrimonio público de la entidad demandada y se encuentra dentro del marco de lo adeudado a la convocante por concepto de sanción moratoria por pago tardío de cesantías.

3.7 Respetto del agotamiento de los recursos en vía administrativa.

Como quiera que el acto administrativo que negó el pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías parciales a la convocante, corresponde a un acto ficto, a la luz de lo dispuesto en el artículo 160 numeral 2, puede acudir directamente en demanda contenciosa, sin necesidad de presentación de recursos en vía administrativa.

3.8 Respetto de la caducidad del medio de control.

La caducidad del medio de control procedente esta prevista en el literal d) del numeral 2° del artículo 164 del C.P.A.C.A. que determina como término de

caducidad cuatro (4) meses, a menos que se trate de actos que versen sobre prestaciones periódicas, los cuales pueden demandarse en cualquier tiempo, según lo preceptuado por el literal d) del numeral 1° del artículo 164 del C.P.A.C.A. Es así, que, al tratarse el presente asunto sobre un acto ficto negativo respecto del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías a la convocante, la nulidad se pretendería en caso de demandar podría promoverse en cualquier tiempo, razón por la cual no opera el fenómeno en cuestión.

4. CONCLUSIÓN

Como se satisfacen todos los presupuestos legales de aprobación del acuerdo celebrado entre las partes, es del caso proceder en consecuencia, impartándole aprobación.

III. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Villavicencio,

RESUELVE:

PRIMERO: APRUÉBESE la conciliación celebrada en las sesiones del 3 de febrero, 9 de marzo y 30 de marzo de 2020 entre CLAUDIA ESPERANZA SABOGAL MESA la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG), ante la Procuraduría 94 Judicial I para Asuntos Administrativos.

SEGUNDO: El acuerdo celebrado y la aprobación impartida, una vez ejecutoriada, prestará **MÉRITO EJECUTIVO** y tendrán efecto de **COSA JUZGADA**, en los términos del artículo 13 del Decreto 1716 de 2009.

TERCERO: Una vez en firme esta providencia, **EXPÍDANSE** copias con destino a las partes con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso.

CUARTO: Notifíquese personalmente al Agente del Ministerio Público.

QUINTO: En firme esta decisión, **ARCHÍVESE** la actuación, luego de las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CAROL GIOVANNA GUERRERO
JUEZA

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

La anterior providencia emitida el 24 de julio de 2020 se notificó por ESTADO No. 3 TYBA del 27 de julio de 2020.



IVONNE JOHANNA BETANCOURT PEÑA
Secretaria

