



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO

Sincelejo, dos (2) de marzo de dos mil veinte (2020)

Nat. Asunto: **CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL**
Radicado: **70001.33.33.005.2020.00014-00**
Convocante: **JULIO ENRIQUE GUTIERREZ GALVAN**
Convocado: **NACION-MINISTERIO DE EDUCACION-FOMAG Y
DEPARTAMENTO DE SUCRE**

Determinada la competencia de este despacho en razón de la cuantía para conocer sobre la aprobación o no del acta de conciliación extrajudicial suscrita por las partes el día 30 de enero del año en curso ante la Procuraduría 44 judicial II para asuntos administrativos; procede a decidir sobre la misma.

I. ANTECEDENTES

1) FUNDAMENTOS DE HECHOS

Manifiesta la convocante, respecto del cual se aprobó el acuerdo conciliatorio que nos ocupa, que es docente afiliado (a) al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que radicó ante la Secretaría de Educación Departamento de Sucre– la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales; que tal petición fue resuelta expidiendo a través de acto administrativo, y que el valor reconocido por concepto de cesantías parciales fue puesto a su disposición con posterioridad al término de ley. Finalmente, indica que frente la tardanza en el pago de las cesantías reconocidas, pidió ante la entidad demandada que le fuera reconocida la sanción por mora conforme a lo reglado en la Ley 1071 de 2006, petición que le fue denegada a través del acto acusado.

En la audiencia, las partes: **JULIO ENRIQUE GUTIERREZ GALVAN** y la **NACION-MINISTERIO DE EDUCACION-FOMAG** a través de sus respectivos apoderados, llegaron al siguiente acuerdo conciliatorio: La entidad convocada propuso reconocer y pagar el 90% de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, en la suma de: \$7.781.233, fl 60 reverso.

III. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

A. Sobre el requisito de procedibilidad para demandar ante esta jurisdicción dispone el art. 161 numeral 1º del CPACA, “Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales...”.

De igual forma, consagra el artículo 60 del decreto 1818 de 1998, que incorpora los Estatutos de Medios Alternativos de Solución de Conflictos, que la autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público. Y, solo tendrá lugar el mismo cuando no procediere la vía gubernativa o cuando ésta estuviere agotada (Art.81 ley 446/98 y 63 Dcto. 1818 de 1998).

Señalan igualmente los Arts.20 y 21 de la ley 640 de 2001, que su presentación suspende el termino de prescripción o de caducidad de la acción, según el caso, por tres (3) meses, que operará una sola vez y será improrrogable. Y, por disposición del Art.24 de la misma ley, las actas que contengan dichas conciliaciones se remitirán a más tardar dentro de los tres (3)¹ días siguientes a su celebración al Juez o Corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva, a efectos de que imparta su aprobación o improbación. Norma que permite determinar la competencia del juzgado para conocer sobre la misma.

Finalmente, consagra el art. 13 del Decreto 1716 de 2009 que el acta de acuerdo conciliatorio total o parcial adelantado ante el agente del Ministerio Público y el correspondiente auto aprobatorio debidamente ejecutoriado, prestarán mérito ejecutivo y tendrán efecto de cosa juzgada.

B – EL CASO SUB-EXAMINE.- Las pretensiones de la parte conciliante van encaminadas a que se le reconozca y pague la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, establecida en la ley 244 de 1995.

1. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

i.- Referente normativo que regula la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantías a servidores públicos.-

Se sabe que el auxilio de cesantía es una prestación social de carácter

¹ Art. 3, 10 y 12 Decreto 1716 de 2009

especial a la que tiene derecho todo trabajador y que se deriva como producto del esfuerzo del desarrollo de sus labores, constituyéndose en un ahorro forzoso para cuando quede cesante, la cual debe ser reconocida y pagada una vez finalice el vínculo laboral.

Para el año de 1995 se profiere la Ley 244, “**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**”, normativa esta que en sus artículos 1º y 2º establece:

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

(...)”

“Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

Parágrafo.- En caso de mora en el pago de las cesantías 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 éste”. (El subrayado es del Despacho).

Posteriormente, la Ley 1071 de 2006, modificó y adicionó la Ley 244 de 1995, cuyo objeto fue el de reglamentar el reconocimiento de las cesantías definitivas o parciales de los trabajadores y servidores del Estado. De igual forma, esta normativa mantuvo –sin modificación alguna- los términos perentorios ya señalados en la ley 244 para el pago oportuno de esta prestación, lo mismo que la sanción por la tardanza en la cancelación. Sin embargo, se refirió al ámbito de aplicación en los siguientes términos:

ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN. *Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.*

Referente a la procedencia del retiro parcial de cesantías, dijo:

Artículo 3°. *Retiro parcial de cesantías.* Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.
2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.

De las normas trascritas y en lo que atañe a la sanción por mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales, se concluye lo siguiente: (i) La ley 244 de 1995 señala un plazo de quince (15) días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento y, liquidación del auxilio de cesantías, igualmente debe tenerse en cuenta el art. 76 de la ley 1437 de 2011 que establece diez (10) días hábiles que corresponden a la ejecutoria²; luego un lapso de cuarenta y cinco (45) días hábiles - contados a partir de la ejecutoria del acto de reconocimiento- para su pago. Esta normativa está dirigida a los servidores públicos de todos los órdenes³.

Haciendo la salvedad el despacho, que con la entrada en vigencia de la ley 1437 de 2011, cambió el término de ejecutoria de los actos administrativos, aumentando de 5 a 10 días hábiles, en consideración a ello, en total sumarían 70 días hábiles.

ii) Jurisprudencia acerca de la sanción moratoria para docentes oficiales

En cuanto al tratamiento jurisprudencial, primeramente el H. Corte Constitucional en sentencia SU – 336 de mayo 18 de 2017 reconoció que los docentes tienen derecho a la sanción moratoria prevista en la ley 244 de 1995, ésta concluyó:

“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

² Para las peticiones incoadas en vigencia de la ley 1437 de 2011

³³ Véase el art. 1° de la Ley 244 de 1995

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, 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. (vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012). 9.3. Con los elementos de juicio explicados en los capítulos precedentes, entrará la Sala Plena a evaluar el caso concreto.”

Por su parte, la Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación, CE-SUJ-SII-012-2018 de fecha 18 de julio de 2018, expediente 73001-23-33-000-2014- 00580-01, radicado interno 4961-2015, C. P. Dra.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, fijó las reglas jurisprudenciales en materia de sanción moratoria por pago extemporáneo de cesantías definitivas y/o parciales, dejando zanjado el tema de si se le reconocían o no la sanción moratoria a los docentes, puesto que la ley 91 de 1989 que sienta las bases sobre el reconocimiento y pago de las cesantías a los docentes no contemplaba sanción alguna por su no pago, como sí lo hace las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, así dicha corporación en su providencia conceptuó a favor de los docentes oficiales, afirmando que dichos preceptos sí se aplican a éstos, dado que están inmersos dentro de la categoría de servidores públicos, lo cual hizo de la siguiente forma:

“(...) 3.1.5. Conclusión 77. De acuerdo con lo señalado, la Sala de Sección concluye en primer lugar, que conforme a la soberanía que reside en el pueblo y del cual emana el poder público, cuya manifestación se materializó a través de la Constitución Política 13, no puede existir ninguna categoría jurídica de empleado público que no se origine en la norma superior. 78. En segundo lugar, es preciso señalar que dado el criterio finalista tenido en cuenta por la Asamblea Nacional Constituyente al establecer el artículo 123 de la Constitución Política, se consideró que dentro de la categoría de servidores públicos se encontraban quienes prestaran sus servicios a la comunidad y por ende, ejercieran una función pública de forma permanente. Al respecto, según se expuso, los docentes oficiales prestan un servicio público esencial a cargo del Estado y en beneficio del interés general. 79. Como tercer punto, una vez analizadas las normas que establecen el régimen jurídico de la educación en Colombia, es evidente la distribución de competencias del sector central – la Nación, a las entidades territoriales, en virtud del principio de la descentralización administrativa, y en atención a que la vinculación de los docentes se ha realizado a través de un órgano de la administración bien sea del orden nacional o departamental, todo ello con el fin de garantizar el efectivo y eficiente ejercicio del servicio público de educación que busca no solo el cumplimiento de la función pública, sino la materialización de los fines esenciales del Estado. 80. Y finalmente, en atención al régimen especial laboral de los educadores que prestan sus servicios al Estado, cuya vinculación al servicio se efectúa a través de concurso público, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como el ascenso, la permanencia y el retiro se encuentran regulados a través de la carrera administrativa prevista por el Estatuto de Profesionalización Docente contenido en el Decreto 1278 de 2002, se establece que su relación laboral es de carácter legal y reglamentaria. 81. Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales 14, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley. 82. Por lo anterior, la Sala unifica su

jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional. (...) 193. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:

3.5.1 Unificar jurisprudencia en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 Sentar jurisprudencia precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

De otro lado, también se sienta jurisprudencia precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto. Sentar jurisprudencia señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo. Sentar jurisprudencia, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.

Subrayas y negritas fuera del texto.

(...)"

Atendiendo los criterios diferenciadores expuestos, se procederá a analizar las pruebas presentadas.

C- De conformidad con el material probatorio aportado, encuentra el despacho que en la conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 30 de enero de 2020, se concilió la acreencia correspondiente a la sanción moratoria establecida por la ley 244 de 1995 modificada por la ley 1071 de 2006, causada a favor del señor (a) JULIO ENRIQUE GUT, los términos de la conciliación se resumen así:

No. De días de mora: 73

Asignación básica aplicable: \$3.197.767

Valor de la mora: \$7.781.233

Valor a conciliar: \$7.003.109,7 (90%)

Tiempo de pago después de la aprobación judicial de la conciliación: 1 MES (DESPUES DE COMUNICADO EL AUTO DE APROBACION 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)”

De las pruebas arrimadas a esta foliatura, se puede concluir lo siguiente:

1.- Que el (la) señor(a) JULIO ENRIQUE GUTIERREZ GALVAN fue vinculado al sector docente oficial desde el día 1º de enero de 1996 hasta el 30 de diciembre de 2017; por lo tanto, en lo que concierne al auxilio de cesantías le es aplicable la liquidación de cesantías sin retroactividad.

2.- Que la demandante, solicitó liquidación parcial de sus cesantías con destino a compraventa de vivienda, según se desprende de los considerandos de la Resolución No.0724 de 19 de julio de 2018.

3.- También se acreditó que el pago de las cesantías reconocidas en la resolución No. 0724 de 19 de julio de 2018, solo se puso a disposición el día 25 de octubre de 2018, ello se desprende del recibo de pago, visible a folio 34.

4.- Ahora bien, de acuerdo con la normativa atrás vista, y en concordancia con la regla jurisprudencial sentada por el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación atrás vista, en la que anotó: “(...)cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago (...).

Así las cosas, la entidad demandada contaba con un término de setenta días hábiles antes de que empezara a causarse la sanción moratoria, los cuales vencieron el día 16 de agosto 2018, así, 15 días hábiles a partir del día 2 de mayo de 2018 para expedir el acto administrativo de reconocimiento del auxilio de cesantías, los cuales fenecieron el día 24 de mayo de 2018, corriendo desde esta última data 10 días para obtener la firmeza de dicho acto, 8 de junio de 2018. Luego, a partir del día 9 de junio de 2018, comenzaron a correr los 45 días de que trata el artículo segundo de la ley 244 de 1995, los cuales vencieron el 16 de agosto de 2018.

5.- Así las cosas, y acatando la línea jurisprudencial trazada por el Máximo Tribunal de lo contencioso administrativo en materia de contabilización de los términos para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, se observa que la entidad demandada incurrió en una tardanza -que se torna en injustificada e ilegal- en el reconocimiento y pago de la prestación reclamada por el demandante.

6. No obstante, que se encuentra probado que se generó una mora en el pago de las cesantías parciales y que se concilió por valor de: \$7.003.109.7, para esta unidad judicial no es posible liquidar o cuantificar el valor de la sanción por mora, por cuanto no se encuentra prueba de la asignación salarial que recibía la convocante al momento en que se generó la mora (agosto de 2018), siendo está de acuerdo a las reglas jurisprudenciales arriba transcritas la que debe tomarse para liquidarla, con el fin de corroborar si el valor conciliado no excede al que debía cancelarse legalmente, y así verificar si la conciliación es lesiva o no al patrimonio público, así las cosas, se impondrá el acuerdo conciliatorio por cuanto no se han presentado las pruebas necesarias para aprobarlo.

En razón de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Sincelejo,

RESUELVE:

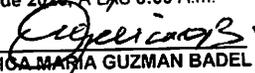
1 – Impruébese el acuerdo de conciliación extrajudicial celebrado ante la Procuraduría 44 Judicial II en lo Contencioso Administrativo, entre el señor JULIO ENRIQUE GUTIERREZ GALVAN y la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO contenida en el acta de conciliación de fecha 30 de enero de 2020. Radicación No.15209 del 4 de octubre de 2019.

2 – Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

TRINIDAD JOSÉ LOPEZ PEÑA
Juez

REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRONICO
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO N° 009 De Hoy 3 de marzo de 2020. A LAS 8:00 A.m.
 ANGELICA MARIA GUZMAN BADEL Secretario