

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Correos electrónicos:

correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

Proceso: C.E. 11001 33 35 030 2020 00192 00.
Solicitantes: Hitaiochara Álvarez Gutiérrez.
Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo
Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
Decisión: Conciliación Extrajudicial.

OBJETO.

Aprobar o improbar la diligencia de CONCILIACIÓN PREJUDICIAL remitida por la Procuraduría 79 Judicial I para Asuntos Administrativos, la cual se llevó a cabo el veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020) y continuó el diez (10) de agosto de la misma anualidad, entre HITAI OCHARA ÁLVAREZ GUTIÉRREZ y la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-.

I. SITUACIÓN FÁCTICA.

Mediante escrito del 6 de mayo de 2020 radicado ante la Procuraduría General de la Nación HITAI OCHARA ÁLVAREZ GUTIÉRREZ, a través de apoderada, solicitó la celebración de Audiencia de Conciliación Administrativa Extrajudicial con la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-.

De esta solicitud conoció la Procuraduría 79 Judicial I para Asuntos Administrativos, quien fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de conciliación para el día 6 de julio de 2020, siendo reprogramada para el 22 de julio de 2020, la que se realizó

de manera no presencial con las partes, tal y como lo dispuso la Procuradora, siguiendo los parámetros dispuestos mediante Resolución 127 de 2020¹, en la que la apoderada judicial de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, manifestó que a su representada, de conformidad con lo considerado por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial en sesión 55 del 13 de septiembre de 2019, dispuso:

“(...)

Analizados los fundamentos tácticos, técnicos y jurídicos del presente caso, el Comité de Conciliación y Defensa Judicial ha encontrado ajustado la posición de CONCILIAR en la audiencia programada por ese Despacho, 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, son los siguientes:

Fecha de solicitud de las cesantías: 31/03/2017

Fecha de pago: 26/10/2017

No. De días de mora: 99

Asignación básica aplicable: \$1.492.462 (2015-año de retiro)

Valor de la mora: \$ 4.925.125

Propuesta de acuerdo conciliatorio: \$ 4.432.612 (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 causara intereses entre la fecha en que quede firme el auto aprobatorio judicial y durante el mes siguientes 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 del 9 de diciembre de 2019.

(...)”

Frente a la anterior fórmula la apoderada de HITAIIOCHARA ÁLVAREZ GUTIÉRREZ manifestó:

“Señala que tiene ánimo conciliatorio, pero en vista de la diferencia de la cuantía de la asignación salarial entre la solicitud de conciliación y la liquidación efectuada por Fiduprevisora, que considera es resultante de haber tomado la convocante como salario el del año 2017 y no el de la fecha de retiro, solicita sí es posible se suspenda la presente diligencia con el objeto de que la apoderada del Ministerio de Educación allegue una certificación o constancia del salario de la docente HITAIIOCHARA ÁLVAREZ GUTIÉRREZ arrojada por las bases de datos con que cuenta

¹ “Por medio de la cual se adoptan medidas para asegurar la prestación del servicio público en la conciliación extrajudicial en materia de lo contencioso administrativo en el marco de la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno Nacional por causa del COVID-19 (coronavirus)”, proferida por el Procurador General de la Nación.

Fiduprevisora.”.

De la anterior solicitud se corrió traslado a la convocada, quien aceptó el aplazamiento de la diligencia, y donde la Procuradora fijó nueva fecha para continuar con la misma el 10 de agosto de 2020, en la que asistieron las partes, y la Procuradora le pregunta a la convocada sobre la base de datos a que corresponde la información allegada mediante correo electrónico, relacionada con un comprobante del salario devengado por la convocante para la vigencia 2015, salario que ha tomado la convocada para liquidar el pago de la sanción moratoria, quien le indica:

“(…) la información allegada es el pantallazo de un aplicativo que se llama “Fomag Uno”, que se utiliza en Fiduprevisora para realizar la verificación de los salarios y el escalafón de los docentes (…)”

El despacho de la Procuradora consideró acreditado el salario devengado por la convocante al retiro de las cesantías, y procedió a conceder el uso de la palabra nuevamente a la apoderada de la convocada, quien manifestó la propuesta de conciliación del Comité -siendo la misma que quedó consignada en acta del 22 de julio de 2020-. Por lo anterior la apoderada de la convocante (precisado el salario devengado por su representada), manifestó:

“(…) me encuentro conforme con la formula allegada por el Ministerio de Educación en cuanto a los días y la asignación salarial aplicable, se acepta en su totalidad (…)”

II. ACERVO PROBATORIO ALLEGADO.

Como respaldo de la situación fáctica, de las pretensiones y del acuerdo conciliatorio las partes allegaron las siguientes pruebas documentales:

- Solicitud de conciliación radicada a través de la ventanilla virtual ante la Procuraduría General de la Nación el 6 de mayo de 2020.
- Poderes otorgados a las apoderadas de la convocante y de la convocada.
- Copia derecho de petición presentado el 30 de agosto de 2019 –Radicado

E-2019-139924- a la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, donde la convocante solicita el pago y reconocimiento de la sanción por mora.

- Copia de la Resolución 6061 del 28 de agosto de 2017, *“Por la cual se reconoce y ordena el pago de una Cesantía Definitiva”* a favor de la convocante.
- Certificación expedida por la FIDUPREVISORA del 27 de diciembre de 2019, mediante la cual indica que el pago de la cesantía a la docente HITAIOCHARA ÁLVAREZ GUTIÉRREZ quedó a disposición el 26 de octubre de 2017.
- Acta suscrita por el Secretario Técnico del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional, del 22 de julio de 2020, mediante la cual deciden conciliar en el caso de HITAIOCHARA ÁLVAREZ GUTIÉRREZ reconociendo el pago de la sanción moratoria en un 90% por valor de \$4.432.612.
- Acta de conciliación extrajudicial del 22 de julio de 2020 y del acta del 10 de agosto de 2020, celebrada en la Procuraduría 79 Judicial I para Asuntos Administrativos.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos por el cual dos o más personas naturales o jurídicas resuelven sus conflictos ante un tercero conocido como conciliador. Los asuntos susceptibles de conciliación son aquellos que sean transigibles, desistibles y los que determine la ley expresamente.

De conformidad con el artículo 24 de la Ley 640 de 2001 y artículo 12 del Decreto 1716 de 2009, corresponde al Juez en esta oportunidad determinar si el acuerdo al que llegaron los solicitantes es procedente, se ajusta a derecho, si resulta lesivo o no a los intereses del Estado, entre otros aspectos.

Problema jurídico.

¿ HITAIOCHARA ÁLVAREZ GUTIÉRREZ tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el parágrafo del artículo 2 de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006?

Respuesta al problema jurídico.

En reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado se ha establecido los requisitos para la aprobación de la conciliación contenciosa administrativa en acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Así, en sentencia del siete (7) de febrero de dos mil siete (2007), la Sección Tercera, con ponencia del Doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez se indicaron las siguientes:

“En materia contencioso administrativa la ley autoriza el uso de este mecanismo, siempre que se acrediten unas exigencias especiales que deben ser valoradas por el juez. Al respecto esta Corporación ha señalado, de manera reiterada, que el acuerdo conciliatorio se someterá a los siguientes supuestos de aprobación: La debida representación de las personas que concilian. La capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar. La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes. Que no haya operado la caducidad de la acción. Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación. Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público (artículos 73 y 81 de la Ley 446 de 1998). Como se observa, el límite de la conciliación, para que resulte procedente, lo marca el hecho de que la misma no sea lesiva a los intereses patrimoniales del Estado, para lo cual habrán de examinarse necesariamente los medios de prueba que conduzcan al establecimiento de la obligación reclamada a cargo suyo. Es por ello que no se trata de un mecanismo jurídico que, a cualquier precio, permita la solución o la prevención de litigios, sino de uno que implica que dicha solución, siendo justa, equilibre la disposición de intereses con la legalidad. En otros términos, el reconocimiento voluntario de las deudas por parte de las entidades estatales, debe estar fundamentado en pruebas suficientes, de manera tal que el acuerdo logrado no lesione el patrimonio público”.

Así, en primer lugar, se verifica que en el *sub lite* la Audiencia de Conciliación se celebró en la fecha y hora establecidas, sin vicio en el consentimiento dado por las partes pues la convocante y la apoderada de la entidad convocada se encuentran facultados para conciliar, y el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- autorizó conciliar en los términos finalmente pactados.

En segundo lugar, se determina que el acuerdo recayó sobre objeto y causa lícitos porque el asunto es susceptible de ser terminado por la vía de la conciliación toda

vez que, de conformidad con el Art. 70 de la Ley 446 de 1998 y artículo 2 del Decreto 1716 de 2009, son conciliables los asuntos de carácter particular y contenido económico que pueda conocer la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y en este evento la conciliación extrajudicial versó al pago de la indemnización derivada de la mora en el pago de las **cesantías definitivas** reconocidas a la convocante, en razón de no haberse perfeccionado el pago de la prestación en la oportunidad prevista en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006.

En tercer lugar, en cuanto al término de caducidad de la acción establecida en el artículo 164 del C.P.A.C.A., al pretenderse la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado el 30 de noviembre de 2019 frente a la petición radicada el **30 de agosto de 2019**, la cual negó el reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías, la demanda se puede presentar en cualquier tiempo; en consecuencia, no se observa que el presente asunto haya acaecido el fenómeno de la caducidad.

En cuarto lugar, al verificar la normatividad vigente y aplicable al caso, para determinar si en las condiciones demostradas es viable la aprobación o no del acuerdo conciliatorio, se hace necesario examinar lo establecido en la Ley 1071 del 31 de julio de 2006².

“Artículo 2o. Ámbito 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.

... .

Artículo 4o. 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.**

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este

² 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. Diario Oficial 46.346 del 31 de julio de 2006.

artículo.

Artículo 5o. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las 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”.

De otra parte, para efectos de establecer que entidad debe hacer el pago de la sanción moratoria se observará que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 señala:

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los

plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente párrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención.

Por su parte, la H. Corte Constitucional con respecto a la filosofía de las cesantías estableció en sentencia C-448 de 1996 que:

“...12- Esta Corporación ya había establecido que, conforme a la centralidad que tiene el trabajo en el ordenamiento constitucional y al Convenio 95 de la OIT de protección al salario, el inciso final del artículo 53 de la Carta debe ser interpretado de manera amplia. Por ello esta Corporación entiende que es una disposición que no sólo protege el pago oportuno de las pensiones sino de toda remuneración salarial y laboral, incluidas las prestaciones. Dijo entonces la Corte:

Hoy el salario y las prestaciones sociales son derechos subjetivos, patrimoniales, no solo porque son derechos adquiridos sino porque la Nueva Constitución se expidió precisamente con el fin de asegurar el trabajo dentro de un marco económico y social justo (Preámbulo de la Carta), caracterizándose al Estado como Social de Derecho, fundado entre otras cosas en el respeto al trabajo (art. 1º), teniendo como uno de sus fines esenciales la efectividad de los derechos dentro de los cuales está la remuneración y el pago oportuno (art. 53 C.P.)

(...)

No hay pues la menor duda de que el salario y las prestaciones son REMUNERACIONES protegidas constitucionalmente. Es más, el constitucionalismo del 91 no se limita a promulgar los derechos, a dejarlos escritos, sino a protegerlos realmente (art. 2º C.P.) [5].

En particular la Corte destacó en esa sentencia, y lo reitera en esta ocasión, que el pago de la cesantía definitiva debe ser oportuno, pues precisamente la finalidad de esta prestación es la de "entregarle al trabajador una suma de dinero **para satisfacer sus necesidades inmediatas al retiro** y en proporción al tiempo servido. [6] " ...”

Ahora bien, el H. Consejo de Estado en **sentencia de unificación** del 18 de julio

de 2018³, aborda lo referente a **i)** la naturaleza del empleo docente y la aplicación de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial, **ii)** la exigibilidad de la sanción moratoria, y **iii)** El salario base de la liquidación de la sanción moratoria entre otros, así:

“...i) la naturaleza del empleo docente y la aplicación de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial.

“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 Política⁴, 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 oficiales⁵, lo cierto es que en ellos concurren todos

³ Radicado 73001-23-33-000-2014-00580-01 SU-012-S2 (4961-2015).

⁴ «Artículo 3. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.»

⁵ Definición utilizada en el Decreto Ley 3135 de 1968, para significar a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.

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 1995⁶ y 1071 de 2006⁷, 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.”

ii) la exigibilidad de la sanción moratoria.

“89. Ahora, si bien en la exposición de motivos se consideró la sanción moratoria frente al incumplimiento en el pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos, la Ley 244 de 1995 en su artículo 1 únicamente previó tal penalidad frente a las primeras [definitivas].

90. Por lo anterior, se expidió la Ley 1071 de 2006⁸, que consagró las circunstancias en que los empleados se encontraban facultados para solicitar el retiro parcial de sus cesantías⁹. Frente a los motivos de la adición a la anterior disposición, en el Proyecto de Ley del Senado 44 de 2005, se manifestó la necesidad de que las normas expedidas en materia laboral se basaran en la Constitución Política, por lo que insistió en que debía legislarse con las mismas garantías para quienes desarrollaran sus labores en el sector privado como para los del sector público. En esta oportunidad, el legislador consideró lo siguiente:

«[...] Esta diferencia hace necesario que se unifique el régimen prestacional especialmente en lo que tiene que ver **con el retiro de las cesantías parciales, el cual cubriría y beneficiaría a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres Ramas del Poder Público, incluida la Fiscalía General, los Órganos de Control, las Entidades que prestan servicios públicos y de educación. Se busca involucrar a todo el aparato del Estado tanto al nivel nacional como territorial.**»¹⁰ (Se destaca).

91. De conformidad con la exposición de las normas que contemplan el plazo para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas, y pese a que el párrafo del artículo 5º, previó la sanción respecto del incumplimiento en el **pago**, más no en el reconocimiento de la prestación social, de acuerdo con la teleología del legislador, se establece que precisamente una de las razones por las cuales se contempló la penalidad

⁶ «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.»

⁷ «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.»

⁸ «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.»

⁹ «Artículo 3º. Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2º 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.»

¹⁰ Gaceta del Congreso. Antecedentes Ley 1071 de 2006.

fue en aras de establecer una limitación al defectuoso funcionamiento de la administración pública que debido a los procesos burocráticos y la corrupción posibilitaba cambiar el orden de radicación de las peticiones encaminadas al reconocimiento de la prestación social, aprovechándose de la urgencia del empleado para proveer sus necesidades básicas y de su familia¹¹, o simplemente no emitiría el acto administrativo con el fin de que el plazo para la cancelación del valor no iniciase, y por ende, se condicionaría la norma a la actuación de la entidad pública empleadora.

95. En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –*cesantías parciales o definitivas*- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006¹²), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011¹³) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51¹⁴], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006¹⁵.

iii) El salario base de la liquidación de la sanción moratoria.

¹¹ Gaceta del Congreso. Proyecto de Ley 38 de 1995. Senado de la República de Colombia

¹² «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.

[...]

Artículo 4. 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.»

¹³ «ARTÍCULO 76. oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

[...]

ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme: 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.

2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.

3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.

4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.

5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.»

¹⁴ «Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

[...]

Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme.

[...]

¹⁵ «Artículo 5°. 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.»

“139. Es necesario señalar que frente al salario a tener en cuenta para liquidar la sanción moratoria, la Sección Segunda de esta Corporación, se pronunció a través de la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 de 2016¹⁶, en la que fijó como regla que sería el devengado por el empleado al momento en que se produce el retardo, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías sucesivos, la asignación salarial cambia por cada anualidad; sin embargo, dado que la controversia se originó en la consignación tardía de las cesantías de un empleado público del nivel territorial beneficiario del sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990¹⁷, solo ello fue objeto de unificación, sin hacer referencia a los demás regímenes, así como tampoco a la penalidad que se origina por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos. Por tanto, la postura fijada en dicho precedente no variará con las tesis que aquí se dictarán, que giran en torno a la aplicación de la Ley 244 de 1995 y sus complementarias.

140. Al respecto, la Sección Segunda sienta jurisprudencia para precisar que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales¹⁸ será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad, por cuanto el incumplimiento de la entidad empleadora puede comprender una o más anualidades, es decir se extienda en el tiempo, además que la penalidad se encuentra justificada por el incumplimiento en la obligación del pago por el empleador; y porque contrario al sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990¹⁹, para los servidores públicos del nivel territorial afiliados a fondos administradores privados y que se vinculen a partir del 31 de diciembre de 1996²⁰, la obligación del empleador

¹⁶ C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁷ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

¹⁸ En los eventos consagrados en el artículo 3º de la Ley 1071 de 2006, esto es:

«Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2º 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.»

¹⁹ « Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

[...]

Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características: 1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcional por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.»

²⁰ En virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998, que al tenor disponen lo siguiente:

« por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.

[...]

Artículo 13º.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) **El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral:**

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo; [...]

«Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia.

surge por cada vigencia fiscal *-Efectuar la liquidación el 31 de diciembre y consignar dicho valor antes del 15 de febrero del año siguiente-* y es la razón por la cual en la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 de 2016, se expuso que cuando «[...] concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.»

141. A diferencia de la anterior, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las cesantías definitivas, la asignación básica salarial tenida en cuenta será la percibida para la época en que finalizó la relación laboral, por cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagarlas”. (Negrillas fuera del texto original).

En quinto lugar, con relación a la aplicación del fenómeno de la prescripción para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías, parciales o definitivas, debe indicarse que el Consejo de Estado - Sección Segunda, en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016²¹, ya precisó que la norma aplicable en este particular asunto, lo es el artículo 151 del Código Procesal Laboral, e indico:

“SANCIÓN MORATORIA – Causación / SANCIÓN MORATORIA - Prescripción extintiva

De conformidad con la disposición transcrita, **se establece que el término de prescripción de tres (3) años, se debe contar a partir de la fecha en que la obligación se hace exigible y la interrupción del término pero solo por un lapso igual, tiene lugar con el simple reclamo escrito del interesado, que para el caso de los empleados públicos deberá presentarse ante la autoridad competente acerca del derecho o la prestación pretendida.** La Sala reitera que la aludida sanción empieza a causarse, a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de los 45 días que prevé el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 para el pago del auxilio de cesantías definitivas y su causación se prolonga hasta que se haga efectiva la obligación. Señalado lo anterior y atendiendo a que la reclamación en sede administrativa se efectuó hasta el 4 de junio de 2012, cuando ya habían transcurrido más de 3 años a partir de la fecha en que se generó la sanción por mora, se configuró la prescripción de los valores causados por dicho concepto con anterioridad al 4 de junio 2009, conforme a la norma que en virtud del criterio unificador de la Sección Segunda regula lo concerniente a la reclamación de la referida penalidad. **NOTA DE RELATORÍA:** Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Segunda,

[...]

Artículo 10.- **El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990;** y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.»

²¹ Radicado 08001-23-31-000-2011-00628-01 (0528-14) CE-SUJ2-004-16, CP. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, C.P., Luis Rafael Vergara Quintero.”²² (Negrillas del Despacho).”

En ese sentido, para el caso, se observa que como la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas fue presentada el **31 de marzo de 2017** y el pago se materializó el **26 de octubre de 2017**, y la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria se realizó el **30 de agosto de 2019** se colige que la reclamación se hizo dentro de los tres (3) años siguientes al vencimiento de los 70 días hábiles.

Que el citado término para reconocer las cesantías parciales y efectuar el pago vencía el **18 de julio de 2017**; sin embargo, la Resolución 6061 fue proferida el 28 de agosto de 2017, y el dinero allí reconocido fue puesto a disposición de la convocante por la FIDUPREVISORA S.A., el **26 de octubre de 2017** fecha no desvirtuada por ninguna de las partes, motivo por el cual la convocada incurrió en una mora desde el **19 de julio de 2017** hasta el **25 de octubre de 2017**, es decir, **99 días** de mora.

Que revisado la propuesta consignada en la Certificación expedida por el Secretario Técnico del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional, quedó:

“Fecha solicitud de las cesantías: 31/03/2017

Fecha de pago: 26/10/2017

No. de días de mora: 99

Asignación Básica aplicable: \$ 1.492.462 (2015- año de retiro)

Valor de la mora: \$ 4.925.125

Propuesta de acuerdo conciliatorio: \$ 4.432.612 (90%)

Tiempo de pago después de la aprobación judicial de la conciliación: 1 MES.

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) y el Decreto 2020 de 2019, y de acuerdo con la adición presupuestal de \$440.000.000.000 aprobada por el Consejo Directivo del FOMAG”.

²² Radicado 08001-23-33-000-2012-00431-01 (1721-14), del 2 de marzo de 2017, CP. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

En conclusión, teniendo en cuenta la normatividad y el precedente judicial citado, a HITAIOCHARA ÁLVAREZ GUTIÉRREZ le asiste el derecho a que se le reconozca y pague la sanción moratoria sub iudice, consistente en un día de salario por cada día de retardo hasta que se hizo efectivo el pago de las mismas; razón por el cual es procedente su reconocimiento, liquidación y pago bajo las directrices establecidas por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la convocada, según certificación expedida por el Secretario Técnico de ese Comité del 22 de julio de 2020.

Así las cosas, en la medida que no se observa detrimento alguno del erario público y no se conculcan derechos ciertos e irrenunciables de la citada docente, se impartirá aprobación al acuerdo conciliatorio *sub lite*.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Treinta Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. – Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero.- Aprobar el acuerdo conciliatorio prejudicial contenido en las actas del veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020) y del diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020), celebrado entre HITAIOCHARA ÁLVAREZ GUTIÉRREZ, identificada con C.C. 52.955.012 y la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, por las razones anteriormente expuestas.

Segundo.- Declarar que la presente conciliación extrajudicial hace tránsito a cosa juzgada respecto de las pretensiones conciliadas.

Tercero.- Ejecutoriado el presente auto, comuníquese a la entidad convocada para su cumplimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

Cuarto.- Una vez ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría, expídase copia auténtica, con constancia de ejecutoria, y del poder a la parte interesada.

Quinto.- Cumplido lo anterior, por Secretaría del Juzgado, déjense las anotaciones a que haya lugar y archívese la presente diligencia.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR DOMINGO QUINTERO ARGÜELLO
Juez

GMCA

<p>Firmado</p> <p>OSCAR QUINTERO JUEZ JUEZ - LA CIUDAD D.C.- BOGOTA</p>	<p>REPÚBLICA DE COLOMBIA</p>  <p>JUZGADO 30 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C. SECCION SEGUNDA</p> <p>Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO notifico a las partes la providencia anterior, hoy <u>1- SEPTIEMBRE-2020</u> a las 8:00 a.m.</p>  <p>SECRETARIO</p>	<p>Por:</p> <p>DOMINGO ARGUELLO</p> <p>ORAL 030 DE DE BOGOTA, SANTAFE DE</p>
---	---	---

D.C. ,

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:
**38b215372bba68f7bb40a7f45f47683c3f555477aaf6dbfaf15fa54da63bd
040**

Documento generado en 30/08/2020 04:34:35 p.m.