

**CONSTANCIA SECRETARIAL:** Al despacho del señor Juez el presente proceso ejecutivo, con providencia de fechas 20 de febrero de 2020, por medio de la cual el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia 51 del 22 de abril de 2019. Sírvase proveer.

Santiago de Cali, 3 de julio de 2020.



**Jorge Isaac Valencia Bolaños**  
Secretario

---

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

#### Auto interlocutorio No. 225

Santiago de Cali, 3 de julio de 2020.

**Radicación:** 76001-33-33-005-2014-00380-00  
**M. de Control:** Ejecutivo  
**Demandante:** Jaime Vega Mafla y otros  
**Demandado:** Nación – Fiscalía General de la Nación

Visto el informe secretarial y teniendo en cuenta lo resuelto por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca en providencia de fecha 20 de febrero de 2020, visible a folio 591 del cuaderno 2b, el Juzgado,

**Resuelve:**

**1.- Obedézcase y cúmplase** lo resuelto por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Magistrada Ponente, Dra. Patricia Feuillet Palomares, quien por medio de auto Interlocutorio del 156 del 20 de febrero de 2020, declaró desierto el recurso interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado el 22 de abril de 2019.

**2.-** Continuando con el trámite, por secretaría córrase traslado a la parte demandada de la liquidación del crédito presentada por la ejecutante.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized letter 'C' with a small 'b' or 'e' written inside the upper curve of the 'C'. The signature is fluid and cursive.

**CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ**  
Juez

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

### Auto Interlocutorio No. 220

Santiago de Cali, junio 30 de dos mil veinte (2020)

**Radicación No.:** 76001-33-33-005-2020-00036-00  
**Medio de Control:** Conciliación Prejudicial  
**Convocante:** Martha Elena Trochez Montoya  
**Demandado:** Nación- Ministerio de Educación – FOMAG y Departamento del Valle

### 1. Objeto del Pronunciamiento

De conformidad con el artículo 24 de la Ley 640 de 2001, procede el Despacho a emitir pronunciamiento, acerca de aprobación o improbación de la conciliación prejudicial de la referencia.

### 2. Antecedentes

2.1. La parte convocante presentó solicitud de conciliación prejudicial, que correspondió por reparto a la Procuraduría 166 Judicial II para Asuntos Administrativos de Cali, bajo radicación No. 27773. Las pretensiones de la solicitud se resumen en los siguientes términos:<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Folios 42 a 43 del expediente.

- Se declare la nulidad del acto ficto originado en la petición presentada el día 26 de julio de 2019, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA a la demandante, establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la accionada y hasta cuando se hizo efectivo el pago
- Que sobre el monto de la SANCIÓN POR MORA, se ordene el reconocimiento de los intereses moratorios y con subsidiariedad en caso de no ser favorable la respectiva indexación hasta la fecha en que se efectuó el pago de esta obligación a cargo de esta entidad.

2.2. En audiencia de conciliación que se desarrolló en febrero 10 de 2020; el apoderado judicial de la parte convocada – MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG, presentó fórmula conciliatoria, indicando lo siguiente:<sup>2</sup>

*“...Seguidamente, se le concede el uso de la palabra al apoderado de la parte convocada MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG, con el fin de que se sirva indicar la decisión tomada por el comité de conciliación (o por el representante legal) de la entidad en relación con la solicitud incoada:*

*“El Comité de Conciliación, mediante certificado del 6 de febrero de 2020, presenta la siguiente fórmula de acuerdo: No. de días de mora: 324, asignación básica aplicable: \$3.919.989, valor de la mora: \$42.335.881, **valor a conciliar: \$31.751.910 (75%)**, tiempo de pago después de la aprobación judicial de la conciliación: 1 MES (DESPUES DE COMUNICACO 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)”*

2.3. Al respecto, el apoderado de la parte convocante, expresó su posición en los siguientes términos:<sup>3</sup>

*“Se le concede el uso de la palabra al apoderado de la parte convocante para que manifieste su posición frente a lo expuesto por la parte convocada: “SE ACEPTA LA PROPUESTA DE CONCILIACIÓN””*

---

<sup>2</sup> Acta de audiencia de conciliación extrajudicial vista a folios 2 a 3 del expediente.

<sup>3</sup> Ibídem.

2.4. Posteriormente se le concede el uso de la palabra al apoderado de la parte convocada – DEPARTAMENTO DEL VALLE, quien indicó lo siguiente:

*“El Comité de Conciliación de la entidad, en sesión del 31 de enero de 2020, decidió NO CONCILIAR por las razones que se exponen en la respectiva certificación, la cual se anexa en 5 folios por ambas caras”*

2.5. Luego, se le concede el uso de la palabra al apoderado de la parte convocada – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, quien se reitera, plantea formula conciliatoria según lo dispuesto en acta de febrero 6 de 2020, propuesta que fuera aceptada por el apoderado en representación de la peticionaria, en diligencia surtida ante la Procuraduría General de la Nación.

Este acuerdo fue avalado por el Procurador Judicial, bajo las siguientes consideraciones:<sup>4</sup>

*“El Procurador Judicial considera que el anterior acuerdo contiene obligaciones claras, expresas y exigibles, en cuanto al tiempo, modo y lugar de su cumplimiento' (siendo claro en relación con el concepto conciliado, cuantía y fecha para el pago) y reúne los siguientes requisitos; (i) el eventual medio de control que se ha podido llegar a presentar no ha caducado (art. 61, Ley 23 de 1991, modificado por el art. 81, Ley 446 de 1998); (ii) el acuerdo conciliatorio versa sobre sobre conflictos de carácter particular y contenido patrimonial disponibles por las partes (art. 59, Ley 23 de 1991, y 70, Ley 446 de 1998); (iii) las partes se encuentran debidamente representadas y sus representantes tienen capacidad para conciliar; (iv) obran en el expediente las pruebas necesarias que justifican el acuerdo, a saber i) resolución que reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial, (ii) petición de reconocimiento de sanción por mora; y (v) en criterio de esta agencia del Ministerio Público, el acuerdo contenido en el acta no es violatorio de la Ley y no resulta lesivo para el patrimonio público por las siguientes razones. SE AJUSTA A LOS PARAMETROS ESTABLECIDOS POR EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL PARA ESTE TIPO DE CASOS. En consecuencia, se dispondrá el envío de la presente acta, junto con los documentos pertinentes, al Juzgado Administrativo del Circuito Correspondiente, para efectos de control de legalidad, advirtiendo a los comparecientes que el Auto aprobatorio junto con la presente acta del acuerdo, prestarán mérito ejecutivo, y tendrán efecto de cosa juzgada<sup>3</sup> razón por la cual no son procedentes nuevas peticiones conciliatorias por los mismos hechos ni demandas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por las mismas causas (art. 73 Ley 446 de 1998 y 24 Ley 640 de 2001). Se da por concluida la diligencia y en constancia se firma el acta por quienes en ella intervinieron, una vez leída y aprobada siendo las 09:45 a.m. Las partes quedaron notificadas en estrados”*

### **3. Consideraciones**

---

<sup>4</sup> Ibídem.

El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por el art. 70 de la Ley 446 de 1998, establece que podrán conciliar, total o parcialmente, prejudicial o judicialmente, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de medios de control previstos en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A. (ahora corresponde a los artículos 138, 140 y 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011).

En lo que respecta a controversias de carácter administrativo para las cuales la Ley autoriza el uso de este mecanismo, dado que el patrimonio público se encuentra de por medio, se requiere del cumplimiento de una serie de exigencias especiales, que debe tener en cuenta el juez al momento de decidir sobre su aprobación.

Por lo tanto, de las mencionadas normas, al igual que la Ley 640 de 2001, se desprenden una serie de requisitos como son: **(i)** que el asunto a conciliar verse sobre derechos económicos disponibles por las partes, **(ii)** que las mismas estén debidamente representadas, **(iii)** que los representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para conciliar, **(iv)** disponer de la materia objeto de convenio, y **(v)** que no haya operado la caducidad del medio de control a interponer.

Adicionalmente, del último inciso del artículo 73 de la Ley 446 de 1998 se colige que el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en las pruebas necesarias que permitan deducir una alta probabilidad de condena contra el Estado -llegado el caso de un proceso judicial-, de tal modo que lo acordado no resulte lesivo del patrimonio público o violatorio de la ley.

De esta manera, el Honorable Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia<sup>5</sup>, ha establecido que para la aprobación de la conciliación contenciosa administrativa, deben encontrarse acreditados los siguientes supuestos:

- 1.- Que las partes estén debidamente representadas y que estos representantes tengan capacidad para conciliar.
- 2.- Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes.
- 3.- Que la acción no haya caducado.
- 4.- Que se hayan presentado las pruebas necesarias para soportar la conciliación, es decir, que respalden lo reconocido patrimonialmente en el acuerdo.
- 5.- Que el acuerdo no sea violatorio de la ley.
- 6.- Que el acuerdo no resulte lesivo para el patrimonio público.

Dicha Corporación ha indicado también, que:

*“(...) la conciliación en materia contencioso administrativa y su posterior aprobación, por estar en juego el patrimonio estatal y el interés público, una y otra deben estar respaldadas con elementos probatorios idóneos y suficientes respecto del derecho objeto de controversia, de manera que no quede duda al juez de conocimiento que existen altas probabilidades de condena en contra de la administración y que la aprobación del acuerdo conciliatorio resultaría provechosa para los intereses de las partes en conflicto”<sup>6</sup>.*

---

<sup>5</sup> Para el efecto pueden consultarse, entre otros, la providencia del 26 de marzo de 2.009, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Rad. No. 50001-23-31-000-2007-00014-01(34233).

<sup>6</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera. Providencia del 30 de enero de 2003, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar. Exp. No. 08001-23-31-000-1999-0683-01(22232).

#### 4. Caso concreto

Ahora, teniendo en cuenta las exigencias anotadas en el acápite precedente, el Despacho entra a analizar si se cumplen las mismas:

##### 4.1. Representación de las partes y capacidad de sus representantes para conciliar

En el presente caso la convocante, señora MARTHA ELENA TROCHEZ MONTOYA, está debidamente representada, toda vez que confirió poder especial al profesional del derecho que presentó la solicitud de conciliación prejudicial y que asistió a la audiencia de conciliación llevada a cabo en febrero 10 de 2020. Se advierte que el poder contiene **expresa facultad para conciliar** (folio 25).

De igual manera, las entidades convocadas confirieron poder para efectos de adelantar la conciliación a un profesional del derecho con facultades para conciliar (folios 4 al 16).

##### 4.2. Derechos económicos disponibles por las partes

Teniendo en cuenta que en el caso *sub-lite*, el acuerdo recae sobre el pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías que constituye un derecho incierto y discutible, es preciso citar la providencia del H. Consejo de Estado, en la cual se sostuvo que:<sup>7</sup>

*“(…) Pues bien, tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que para la fecha de presentación de la demanda<sup>11</sup> se encuentra regulada por el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, si el asunto se refiere a una reclamación por derechos conciliables, será requisito indispensable para acceder a la jurisdicción, la realización previa del trámite de conciliación prejudicial, norma que fue redactada en idéntico sentido por el numeral 1º del artículo 161 ibídem.*

*En cuanto a los asuntos que se consideran conciliables, esta Corporación ha explicado en su jurisprudencia que, tratándose de derechos laborales y para dar cumplida aplicación al artículo 13*

---

<sup>7</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda –Subsección A, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, auto de junio treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016).

de la Ley 1285 de 2009, (...) son materia de conciliación aquellos derechos transables que tengan el carácter de “inciertos y discutibles”. No obstante, la posición de la Sala referente a la exigibilidad del requisito de la conciliación prejudicial en los términos de la Ley 1285 de 2009, debe ser analizado en cada caso concreto, atendiendo la calidad de los derechos reclamados y la posibilidad de su debate en el escenario conciliatorio”<sup>21</sup>

En otras decisiones y sobre el mismo tema, también precisó esta Corporación que gozaban de la calidad de derechos irrenunciables y, por ende, no susceptibles de conciliación, las prestaciones periódicas, como es el caso de los salarios, en vigencia del vínculo laboral, y las mesadas pensionales, sobre las cuales no hay lugar a transacción por ser derechos ciertos e indiscutibles.

Ahora, descendiendo al caso bajo estudio y analizada la solicitud elevada por la demandante, sobre la cual se estructura la existencia del acto ficto negativo, **se colige que su reclamación se encausó a obtener la liquidación y pago de “...las cesantías definitivas y la sanción moratoria...”**<sup>31</sup>, por lo que ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación que no se constituye en una prestación periódica, sino unitaria, que, aun cuando su liquidación se realice de manera anual o, excepcionalmente, al retiro del empleado, se agota al momento de la expedición del respectivo acto que las reconozca<sup>41</sup>.

En igual consideración, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia de dos (2) de mayo de 2012, estableciendo el criterio sobre el cual debe girar la certeza de los derechos conciliables:

“3.3. En definitiva, no es admisible la conciliación acerca de derechos ciertos e indiscutibles [80], comoquiera que ellos están comprendidos dentro del derecho imperativo y no dentro del derecho dispositivo. Así que, dado el caso que las partes en conflicto alcancen un acuerdo conciliatorio en el que se perciba la renuncia o disposición de un derecho que presente estas características, el negocio jurídico adolecerá de un vicio de nulidad por objeto ilícito[81].

“(...) 3.7. En suma, la certeza de un derecho corresponde a su efectiva incorporación en el patrimonio del trabajador y la indiscutibilidad hace relación a la seguridad sobre los extremos del derecho. Por ejemplo, cuando se sabe que entre dos personas hubo un contrato laboral de carácter verbal, a raíz del cual se le deben las cesantías al empleado, su derecho a las cesantías es cierto, pues siempre que hay contrato laboral el empleador debe consignarle al trabajador una suma de dinero a título de cesantías, en tanto que su monto es discutible, puesto que no se sabe desde cuándo hubo contrato, luego no es posible determinar el monto debido por concepto de cesantías.”<sup>51</sup>

Vistas así las cosas, se muestra evidente que la reclamación de las prestaciones sociales y **cesantías del demandante, en los términos de su solicitud, conciernen a derechos inciertos y discutibles, por lo que, al tenor de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, era exigible el trámite de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo** mediante el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. (Negrilla fuera del texto)

Así mismo, refiriéndose a la sanción moratoria es susceptible de conciliación, como en efecto consideró el H. Consejo de Estado en sentencia de 23 de agosto de 2007:

“El convenio aprobado por decisión judicial incluyó el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria y de cualquier otro emolumento que llegare a causarse. De manera que el pago de la sanción moratoria carece de causa en el presente proceso y, por ende, no es viable acceder a su reconocimiento pues, de hacerse, se estaría desconociendo el acuerdo de voluntades de quienes

son parte y favoreciendo un enriquecimiento para el demandante y un empobrecimiento para la administración.

*De otra parte, en cuanto a la procedencia de la transacción en asuntos como el sometido a consideración, la Subsección "A" de la Sección Segunda de esta Corporación, en fallo del 29 de mayo de 2003, radicación número 44001-23-31-000-1999-0530-01 (2701-02), actor Napoleón Carranza, con ponencia de la doctora Ana Margarita Olaya Forero, sostuvo que si bien es cierto de conformidad con el artículo 53 constitucional el trabajador tiene una limitación de carácter constitucional para la libre disposición de sus derechos laborales ciertos e indiscutibles por medio de transacción o conciliación, los derechos inciertos o discutibles, como puede ser en determinado momento el derecho a la sanción moratoria, sí pueden ser objeto de una transacción válida."*

*En el caso sometido a consideración, el derecho innegable e incuestionable que no es susceptible de transacción o conciliación es el de las cesantías. **La sanción moratoria, sí es objeto de tales mecanismos alternativos de solución de conflictos laborales dado que no es una prestación social en sí misma, sino una penalidad por el incumplimiento de una obligación.**" (Negrilla fuera de texto)*

En consecuencia y teniendo en cuenta lo señalado en las precitadas providencia, será válida la conciliación como mecanismo de solución de conflictos cuando a través de ella se obtenga el reconocimiento de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías del administrado, al considerarse que esta no es una prestación social en sí misma, sino una penalidad por incumplimiento de una obligación, que para el caso que nos ocupa se planteó de la siguiente manera:

- La solicitud para el reconocimiento de las cesantías definitivas de la demandante se radicó en marzo 8 de 2018<sup>8</sup>.
- La entidad demandada (Ministerio de Educación Nacional), por intermedio del Comité de Conciliación y en sesión de febrero 6 de 2020 planteó una fórmula de acuerdo sobre la base de 324 días de mora, que con fundamento en un salario de \$3.919.989 implica un valor a pagar por concepto de sanción moratoria, la suma de \$42.335.881, frente a los cuales ofrece el 75 %, es decir la suma de \$31.751.910.

---

<sup>8</sup> Folio 27 del expediente

- La fórmula planteada, fue aceptada por el demandante, en acta de conciliación celebrada ante la Procuraduría General de la Nación en febrero 10 del mismo año.
- El reconocimiento por parte de la entidad demandada del 75% de la sanción moratoria correspondiente al pago tardío de las cesantías reconocidas a través de la Resolución No. 00675 del 06 de marzo de 2019<sup>9</sup> pago efectuado a mayo 16 de 2019, lo cual confirma el derecho que le asiste a la señora MARTHA ELENA TROCHEZ MONTOYA y es necesario aclarar que el mismo no hace parte como tal del derecho irrenunciable de las cesantías, puesto que la sanción moratoria resulta ser un asunto puramente económico, considerado como una penalidad por incumplimiento de una obligación y sobre el que la parte actora puede disponer, motivo por el cual es viable aceptar el acuerdo celebrado frente a dicho punto.

En otros términos, se advierte que el acuerdo versa sobre derechos de contenido económico de los cuales pueden disponer las partes, en tanto el arreglo recae sobre una sanción y no sobre la reliquidación de las cesantías, la cual es un derecho irrenunciable, conforme lo dispone el artículo 53 superior.

#### **4.3. Sobre la caducidad de la acción**

Sobre el particular, se debe aclarar que el posible medio de control a intentar, sería el de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral, pues el artículo 138 de la ley 1437 en su inciso 1° establece que:

*“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se **declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho...**”.* (Se resalta).

---

<sup>9</sup> Folios 26 al 27

A su turno el numeral 1, literal c del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, establece, que:

*“La demanda deberá ser presentada:*

*1. En cualquier tiempo, cuando:  
(...)*

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

De conformidad con lo anterior, para el caso que nos ocupa no opera el fenómeno de la caducidad, en la medida que la pretensión objeto de conciliación se trata de la nulidad de un acto ficto, y por ende, la demanda puede ser presentada en cualquiera tiempo.

**4.4. Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público (artículo 65 A de la Ley 23 de 1991 y artículo 73 de la Ley 446 de 1998).**

Respecto a este requisito, ha expresado la Sección Tercera del Consejo de Estado, de manera general y reiterada, que si bien la conciliación propende por la descongestión de la Administración de Justicia y por la composición del conflicto a través de una solución directa acordada por las partes, no lo es menos, que todo acuerdo conciliatorio debe ser verificado por el juez, quien para aprobarlo debe establecer que ese arreglo económico se ajuste a la ley y no resulte lesivo al patrimonio público<sup>10</sup>.

Por lo tanto, para efectos de determinar que la misma conciliación no resulte lesiva al erario, debe de existir el suficiente acopio probatorio que permita definir con claridad la obligación a cargo de la entidad convocada, lo cual constituye el objeto del arreglo económico que se estudia.

---

<sup>10</sup> En este sentido, ver autos de julio 18 de 2007, exp. 31838; M.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio y de septiembre 4 de 2008, exp. 33.367, entre otros.

Visto lo anterior, se analizarán las pruebas obrantes en el plenario y se determinará, a través del acervo probatorio, si existe el debido soporte que respalde la legalidad y conveniencia del pago de lo conciliado en este trámite.

Como el presente asunto gira en torno a la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías reconocidas a la convocante por medio de la Resolución No. 00675 del 06 de marzo de 2019; para ello se anexaron los siguientes documentos:

- i. Copia de la Resolución No. 00675 del 06 de marzo de 2019, por medio de la se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial para compra de vivienda, a nombre de MARTHA ELENA TROCHEZ MOTOYA, identificada con la CC. No. 31.626.267 de Florida Valle, por valor de CIENTO MILLONES DE PESOS MCTE. (\$100.000.000) (fl. 27-28)
- ii. Certificado de pago de cesantías expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A., donde consta que la suma de \$100.000.000 reconocida como cesantías parciales, quedaba a disposición de la señora Trochez Montoya a partir del 16 de marzo de 2019. (fl. 29)
- iii. Petición presentada a través de apoderado de la convocante, a las entidades convocadas FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y al DEPARTAMENTO DEL VALLE –SECRETARIA DE EDUCACIÓN, por medio del cual se solicitó el pago de la sanción por mora, por pago tardío de la cesantías. (fl 33)
- iv. Escrito de solicitud de audiencia de conciliación, acompañado del poder para actuar y las constancias de notificación a los convocados y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 25, 34 al 44)

- v. Copia del Acta de fecha febrero 06 de 2020 del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, donde se presenta la posición de conciliar el tema referente a la sanción por pago tardío de la cesantías y la liquidación (fl. 9);
- vi. Copia del acta de fecha 31 de enero de 2020 del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Gobernación del Valle (fls. 17 a 21).

Así las cosas, al analizar las pruebas obrantes en el plenario se determinó que sí existe el debido soporte que respalda la legalidad y conveniencia del pago de lo conciliado debido a que el asunto gira en torno al pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantías reconocidas a la señora MARTHA ELENA TORCHES MONTOYA por parte de la entidad demandada, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006.

Lo anterior, por cuanto el Consejo de Estado ha determinado que las disposiciones de la Ley 1071 de 2006, son aplicables al personal docente afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, específicamente, si la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías allí establecida, también aplica a dichos empleados públicos de régimen especial.

Sobre dicho aspecto, en reiteradas oportunidades el Consejo de Estado ha indicado que las disposiciones de la Ley 1071 de 2006 también cobijan a los docentes oficiales. Así, en sentencia de diciembre 14 de 2015 la alta Corporación precisó:<sup>11</sup>

*"(...) ésta ley [Ley 1071 de 2006] cobija a todos los empleados y trabajadores del Estado, incluyendo a los docentes oficiales, quienes tienen derecho a que se le reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, pues una posición contraria implicaría desconocer injustificadamente, el derecho a la igualdad de oportunidades de estos trabajadores, establecido en el artículo 53 C.P. y el artículo 13 ibídem, además, porque dicha sanción no es incompatible con la aplicación del régimen especial previsto en el numeral 3 del artículo 5o de la Ley 91 de 1989, artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y Decreto 2831 de 2005, para el reconocimiento de las cesantías del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (...)"*.

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de diciembre 14 de 2015, C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE. Rad. 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14).

A igual conclusión llegó la Corte Constitucional al unificar su criterio en sala plena a través de sentencia SU-366 de mayo 18 de 2017:<sup>12</sup>

*“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:*

*“(…) (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 (…)”.*

Así las cosas, considera el Despacho que si bien el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 consagra un régimen especial para el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes oficiales, también lo es que dicha norma no estableció sanción alguna por el reconocimiento y pago tardío de las mismas, quedando un vacío normativo que afecta notablemente los derechos laborales de tales servidores públicos, como quiera que con base en él las entidades encargadas de reconocer y pagar las cesantías burlan el derecho de que gozan los docentes y realizan los trámites sin tener en cuenta los principios de celeridad, pasando un tiempo considerable entre el momento en que solicitan las cesantías y el pago efectivo de las mismas.

Por lo anterior, con fundamento en los principios constitucionales de favorabilidad laboral e igualdad de oportunidades, así como en el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional referidos en procedencia, el Despacho colige que las disposiciones previstas en la Ley 244 de 1995, modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006, son aplicables a los docentes al servicio del Estado, y por consiguiente, éstos tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías.

---

<sup>12</sup> La Corte Constitucional, Sala Plena; sentencia SU-366 de mayo 18 de 2017; M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

Igualmente concluye el Despacho, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado existente sobre la materia<sup>13</sup>, que en el caso de los docentes oficiales, la sanción moratoria debe ser asumida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que por disposición del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en armonía con el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, es quien tiene a cargo el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al mismo, entre ellas, las cesantías. Por consiguiente, no es posible trasladar esa pena económica al Departamento del Valle del Cauca –Secretaría de Educación Municipal, tal como lo pretende el Ministerio de Educación Nacional, por cuanto la labor que desarrolla dicho Ente en el trámite de las solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones económicas de los docentes, es meramente de intermediación, según lo preceptuado en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y su Decreto reglamentario 2831 de la misma anualidad, sin que deba entenderse que tal actuación, releva al Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de su competencia de reconocer y pagar las prestaciones económicas de los docentes.

Efectuadas las anteriores precisiones, se tiene que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006, la entidad empleadora, o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, cuenta con un plazo de quince (15) días

---

<sup>13</sup> En sentencia de noviembre 17 de 2016, proferida dentro del expediente radicado con el número 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014), la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Consejero William Hernández, al respecto manifestó, plateó la siguiente tesis:

*"La Subsección sostendrá la siguiente tesis: La entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como pasa a explicarse:*

- *Mediante la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está representada por el Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.*

- *Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 regló el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y señaló en su artículo 4.º los requisitos de afiliación del personal docente de las entidades territoriales, y en su artículo 5.º el trámite de afiliación, artículos de los cuales se desprende que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará las cesantías.*

- *A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serán reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales. En conclusión: el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías".*

hábiles siguientes a la presentación de la solicitud para expedir el acto de reconocimiento, una vez en firme dicho acto administrativo<sup>14</sup> la entidad pagadora, dispone de cuarenta y cinco (45) días hábiles para cancelar la prestación social.

Sobre la contabilización de la mora por el pago tardío de la cesantía, el Consejo de Estado en sentencia de noviembre 17 de 2016, hizo la siguiente precisión:<sup>15</sup>

*“(...) 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.*

*“(...) Corolario, se deben contar los 45 días aludidos, después de los 15 días hábiles desde la presentación de la solicitud, más 5 días de ejecutoria del acto administrativo, por haberse presentado la solicitud en vigencia del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), es decir a partir del 19 de agosto de 2010 empieza a correr el término de 45 días para el pago (...).”*

Por manera que sólo cuando el acto administrativo de reconocimiento se expide dentro del término legal de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, los cuarenta y cinco (45) días hábiles otorgados para el pago oportuno de las cesantías comienzan a contarse desde la firmeza del mismo; pues, cuando el acto administrativo se emite por fuera del mencionado término, por culpa de la entidad y no del solicitante, o no se expide, los cuarenta y cinco (45) días aludidos se deben contar, después de los quince (15) días hábiles de presentación de la solicitud, más el término de ejecutoria, que puede ser de cinco (5) días si la solicitud se presentó en vigencia del Decreto 01 de 1984 (CCA) o de diez (10) días si la misma se hizo en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (CPACA). En consecuencia, en los eventos en que la administración no se pronuncie frente a la solicitud de pago

---

<sup>14</sup> Debe tenerse en cuenta que si la solicitud se realizó en vigencia del Decreto 01 de 1984 serán 5 días de ejecutoria y si fue en vigencia de la Ley 1437 de 2011 serán 10 días.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de noviembre 17 de 2016, C.P. William Hernández Gómez, Rad. 66001-23-33-000-2013-00190-01(1520-2014).

del auxilio de cesantía, o lo haga en forma tardía, la sanción moratoria se causa sesenta y cinco (65) o setenta (70) días hábiles después de la solicitud, dependiendo si ésta se formuló en vigencia del Decreto 01 de 1984 o de la Ley 1437 de 2011, respectivamente.

En el caso que nos ocupa, se encuentra probado que la solicitud para el reconocimiento de las cesantías definitivas de la demandante se radicó en marzo 8 de 2018<sup>16</sup>, y que la entidad demandada reconoció esta prestación mediante Resolución No. 00675 del 06 de marzo de 2019<sup>17</sup>, pago cumplido hasta marzo 16 de 2019.

Lo anteriormente dicho, permite inferir que dicha solicitud se formuló en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) y que la entidad demandada la resolvió por fuera del término de 15 días previsto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, lo cual, a su vez, conlleva a afirmar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contaba con setenta (70) días hábiles para efectuar el pago oportuno de la cesantía en mención<sup>18</sup>, lapso que empezó a contabilizarse a partir del día hábil siguiente a la radicación de la petición de reconocimiento y pago de las cesantías, valga decir, marzo 9 de 2018, venciéndose en junio 25 de 2018.

Sin embargo, está acreditado que el monto reconocido por concepto de cesantías parciales a la demandante sólo fue cancelado a ésta en mayo 16 de 2019<sup>19</sup>, por lo que resulta evidente que se causó mora en el pago de dicha prestación social desde **junio 26 de 2018** hasta **mayo 15 de 2019** (día anterior a la fecha en la que quedó a disposición de la parte convocante el valor reconocido por concepto de cesantía parcial), debiéndose entonces reconocer la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo durante el precitado periodo.

---

<sup>16</sup> Folio 27 del expediente

<sup>17</sup> Folios 27 al 28 del expediente.

<sup>18</sup> Quince (15) días para expedir el acto administrativo, diez (10) días de ejecutoria y cuarenta y cinco días para realizar el respectivo pago.

<sup>19</sup> Folio 29 del expediente .

Respecto al no pago de indexación en el acuerdo conciliatorio, se debe aclarar que no hay lugar a esta; pues así lo ha entendido la Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996 al determinar que:

*“(...) La sanción moratoria impuesta por la ley busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella (...)”*

## **PRESCRIPCIÓN**

El Consejo de Estado en sentencia de Unificación determinó que el derecho a la sanción moratoria se encuentra sujeto a término prescriptivo<sup>20</sup> y en relación a dicho fenómeno jurídico, se tiene que el artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 1968, prevé que las acciones derivadas de los derechos consagrados en el mismo prescriben en tres años, contados desde que la obligación se haya hecho exigible, término que se interrumpe por lapso igual con el simple reclamo escrito que haga el empleado o trabajador del derecho respectivo. Esta disposición fue reiterada en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

El consejo de Estado se refirió frente a las normas en comento en los siguientes términos:<sup>21</sup>

*“(...) Respecto al análisis de la prescripción trienal, es menester hacer alusión al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968<sup>22</sup> y 102 del Decreto 1848 de 1969<sup>23</sup> que disponen: “Las acciones*

---

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de unificación de agosto 25 de 2016, C.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16.

<sup>21</sup> Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda –Sala de Conjueces, Sentencia de Unificación de 18 de mayo de 2016, Exp. Rad. 25000-23-25-000-2010-00246-02 (0845-15), C.P: JORGE IVÁN ACUÑA ARRIETA (Conjuez).

<sup>22</sup> Artículo 41, Decreto 3135 de 1968: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual”.

<sup>23</sup> Artículo 102, Decreto 1848 de 1969: “1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.

*estipuladas en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible (...)*”.

*“Contempla el mismo artículo que el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.*

*“Retomando las normas citadas en el párrafo anterior en relación con la prescripción de los derechos laborales, se debe partir del presupuesto de que el derecho sobre el cual se solicita el reconocimiento administrativo y/o judicial debe encontrarse en su momento de exigibilidad, para que a partir de allí, se empiece a contabilizar el término de su prescripción. Es decir, el prerequisite de la aplicación de la prescripción del derecho, es que éste se encuentre en el estado jurídico de la exigibilidad (...)*”

Surge de lo anterior que las prestaciones laborales de los empleados públicos y trabajadores oficiales prescriben en el término de tres años, y que cuando el trabajador o empleado formula petición reclamando el derecho respectivo ese término se interrumpe por un lapso igual. Precisa el Consejo de Estado que la prescripción debe contabilizarse a partir del momento en que el derecho reclamado verdaderamente se haga exigible.

De lo anterior se infiere que transcurrido un lapso de tres (3) años contados a partir de la reclamación del derecho que suspendió el término de prescripción, sin que el servidor público ejercite la acción correspondiente, la prestación prescribe.

Bajo las anteriores consideraciones, se observa que en el caso concreto el derecho a la sanción moratoria aquí declarado se hizo exigible desde junio 26 de 2018 <sup>24</sup> hasta mayo 15 de 2019<sup>25</sup>, la solicitud de pago de la mencionada sanción se radicó en julio 26 de 2019<sup>26</sup>, por lo que no hay lugar a aplicar prescripción alguna, si en cuenta se tiene que entre el momento en que se hizo exigible el derecho reclamado y la fecha de radicación de la petición no transcurrieron tres (3) años, igualmente entre este último evento – radicación de la petición- y la solicitud de conciliación – 18 de diciembre de 2019<sup>27</sup>- no pasaron tres (3) años.

---

<sup>24</sup> Día siguiente al vencimiento de los 70 días con que contaba la entidad demandada para reconocer y efectuar el pago de las cesantías parciales.

<sup>25</sup> Día anterior al que las cesantías quedaron a disposición del demandante en la entidad bancaria.

<sup>26</sup> Folio 33 cuaderno único.

<sup>27</sup> Folio 24 cuaderno único.

Por lo tanto, no se causó prescripción de la sanción en comento.

En virtud de lo expuesto, en razón a que se encuentra ampliamente probada la obligación contraída por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG, en favor de la convocante por concepto de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantías, se aprobará el presente acuerdo conciliatorio, como quiera que la suma neta por la cual se concilió (\$31.751.910,00), no resulta lesiva para el patrimonio de la Administración, ajustándose el mismo, a las exigencias que legal y jurisprudencialmente se han establecido para su aprobación.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la presente conciliación se adelantó dentro de los términos previstos en el artículo 20 de la Ley 640 de 2001; que no se observa causal de nulidad que pudiera afectar lo actuado o invalidar lo acordado; y que el pacto logrado no lesiona los intereses de la entidad convocada, a la luz de lo previsto en el Art. 13 del Decreto 1716 de 2009<sup>28</sup>, se deberá impartir aprobación, para los fines a los que se refiere la Ley en esta disposición.

En virtud de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: APROBAR** la conciliación prejudicial celebrada entre la convocante señora MARTHA ELENA TRCHEZ MONTOYA y la convocada, MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, el día 10 de febrero de 2020 ante la Procuraduría 166 Judicial II para Asuntos Administrativos de Cali.

**SEGUNDO:** Como consecuencia del acuerdo logrado, el MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL

---

<sup>28</sup> “Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001”.

MAGISTERIO – FOMAG, reconoce pagar en favor de la señora MARTHA ELENA TRCHEZ MONTOYA, la suma neta de **TREINTA Y UN MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL NOVECIENTOS DIEZ PESOS M/Cte. (\$31.751.910,00)**, monto que corresponde al 75% de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantías reconocidas a través de la Resolución No. 00675 del 06 de marzo de 2019. Esta obligación será pagada un (1) mes después a la ejecutoria de este proveído.

**TERCERO:** En consecuencia, **EN FIRME** esta providencia, las partes deben proceder a hacer efectivo el arreglo logrado en el término estipulado.

**QUINTO:** Tanto el acta de conciliación como el presente auto aprobatorio, hacen tránsito a cosa juzgada y los documentos en los cuales constan, prestan mérito ejecutivo.

**SEXTO: EXPEDIR** a la parte convocante, copia auténtica de la presente providencia de conformidad con el Artículo 114 del Código General del Proceso.

**SEPTIMO: EXPEDIR Y ENVIAR** copia del auto aprobatorio a la Procuraduría 166 Judicial II para Asuntos Administrativos de Cali

**OCTAVO: UNA VEZ** ejecutoriado este proveído, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'C. E. P. A.', written in a cursive style.

**CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ**  
Juez