



|            |                                         |
|------------|-----------------------------------------|
| TEMA       | MORA CESANTÍAS DOCENTE                  |
| RADICACIÓN | 73001-33-33-012-2020-00091-00           |
| CONVOCANTE | GUILLERMO BERNAL DÍAZ                   |
| CONVOÇADO  | NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FOMAG |
| ASUNTO     | REVISIÓN DE CONCILIACIÓN                |

Ibagué, dieciocho (18) de mayo de dos mil veinte (2020)

De la Procuraduría 163 Judicial II para asuntos administrativos de Ibagué, ha sido enviada para su revisión la **CONCILIACIÓN PREJUDICIAL** llevada a cabo entre la apoderada judicial del señor GUILLERMO BERNAL DÍAZ (parte convocante), y el apoderado de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (parte convocada).

### 1. PRETENSIONES

**“PRIMERO:** Declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado el 19 DE DICIEMBRE DE 2019, frente a la petición radicada el día 19 DE SEPTIEMBRE DE 2019, mediante TOL:2019ER009103, la cual niega el reconocimiento de la SANCION POR MORA en el pago de las cesantías.

**SEGUNDO:** El reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** establecida en la Ley 1071 de 2006<sup>a</sup> mi mandante, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles según el caso, causados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía parcial o definitiva ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

**TERCERO:** Que de conformidad con el artículo 187 del C.P.A.C.A sobre el montón de la **SANCIÓN POR MORA** reclamada, se ordene el reconocimiento del respectivo ajuste de valor desde la fecha en que cesó la mora, es decir el 23 DE JUNIO DE 2017, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.

**CUARTO:** En caso de no lograrse conciliación sobre las pretensiones anteriores, solicito, se declare fallida esta etapa previa y satisfecho el requisito que debe cumplirse antes de procurar el acceso a la administración de justicia” (Fl. 6).

El anterior *petitum* lo fundamenta el apoderado del convocante en los siguientes:

## 2. HECHOS RELEVANTES

“(...)”.

**TERCERO:** Teniendo de presente estas circunstancias, mi representado(a), por laborar como docente en los servicios educativos estatales en la Secretaria del DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, le solicitó al Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día 06 DE DICIEMBRE DE 2016, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

**CUARTO:** Por medio de la Resolución No. 1643 DE 21 DE MARZO DE 2017, le fue reconocida la cesantía solicitada.

**QUINTO:** Esta cesantía fue cancelada el día 23 DE JUNIO DE 2017 por intermedio de entidad bancaria.

**SEXTO:** El artículo 4 de la ley 1071 de 2006, estableció el trámite administrativo que debe observarse para el reconocimiento y pago de cesantías del sector educativo de la siguiente manera:

(...).

**SÉPTIMO:** Al observarse con detenimiento, mi representado (a) solicitó la cesantía el día 06 DE DICIEMBRE DE 2016, siendo el plazo para cancelarla el día 16 de marzo de 2017, pero habiéndolo sido el día 23 DE JUNIO DE 2017, por lo que transcurrieron 96 días de mora contados a partir de a partir (sic) del 17 DE MARZO DE 2017, día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles causados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta el día anterior a la fecha en que se hizo efectivo el pago de la misma, es decir el día 22 DE JUNIO DE 2017.

**OCTAVO:** Después de haber solicitado la cancelación de la sanción moratoria indicada, la entidad convocada, resolvió negativamente en forma ficta la petición presentada, situación que conlleva, de conformidad con el procedimiento administrativo a solicitarle a la entidad a llegar a acuerdos sobre las peticiones presentadas antes de incoar el medio de Control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO del mencionado acto administrativo, para cumplir con el requisito de procedibilidad.

(...).” (Fls. 4-5).

## 3. ACTUACIÓN PROCESAL

El 20 de diciembre de 2019, fue presentada la solicitud de conciliación extrajudicial por el señor GUILLERMO BERNAL DÍAZ, la cual fue admitida por la Procuraduría 163 Judicial II para asuntos administrativos, el 23 de diciembre de 2019 a través del auto No. 358 (Fls. 25-26).

La audiencia de conciliación se celebró el día 6 de marzo de 2020 en la cual los apoderados de las partes en la presente conciliación llegaron al siguiente acuerdo conciliatorio<sup>1</sup>:

<sup>1</sup> Fls 58-59.

“...En virtud de lo anterior se le concede el uso de la palabra al apoderado de la parte convocada NACIÓN — MINISTERIO DE EDUCACIÓN — FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO quien manifiesta: Me permito manifestar la fórmula de acuerdo propuesta por parte del comité de conciliación y defensa judicial del Ministerio de Educación Nacional estudiada en sesión 55 del 13 de septiembre de 2019 mediante la cual se pretende el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en los siguientes términos: Con base en los criterios establecidos por el Consejo Directivo del FOMAG se dispone conciliar por el valor de \$6.933.663 el cual corresponde al 90% del valor de la mora de \$7.704.070 pesos m/cte., el cual se propone cancelar un mes después de la aprobación de la conciliación prejudicial. Igual se manifiesta que no se reconoce valor alguno por indexación y dicho valor se cancelará con cargo a los títulos de tesorería de conformidad con lo establecido en la Ley 1955 de 2019 (Plan Nacional de Desarrollo). Se le corre traslado a la apoderada de la parte convocante quien manifiesta: Se acepta la propuesta formula por parte de la convocada (...).”

#### 4. CONSIDERACIONES

##### 4.1. MARCO JURÍDICO DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

En principio se tiene que la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos y de descongestión judicial, se presenta cuando dos o más personas naturales o jurídicas pretenden resolver sus conflictos ante un tercero conocido como conciliador; luego entonces, se encuentra instituida para dar oportuna y ágil definición a las controversias a través de la mediación de dicho tercero dando una solución directa a los conflictos de carácter particular y concreto de contenido económico, cuya resolución en principio debe darse a través del ejercicio de las acciones establecidas en la Ley que regula la materia por la cual se concilia.

Ahora bien, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 2.2.4.3.1.1.2. del Decreto 1069 de 2015<sup>2</sup>, las Entidades públicas y las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado, podrán conciliar total o parcialmente, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de los medios de control previstos en los artículos 138, 140 y 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, frente a los cuales la conciliación prejudicial constituye además requisito de procedibilidad para acudir a la Jurisdicción, tal y como lo establece el artículo 161-1 de la Ley 1437 de 2011.

Así mismo, el párrafo 1º del decreto anteriormente mencionado, preceptúa que no son susceptibles de conciliación extrajudicial:

- i) Los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario
- ii) Los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993
- iii) Los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado.

<sup>2</sup> "Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho."

En otros términos, el reconocimiento voluntario de las obligaciones por parte de las entidades estatales debe estar fundamentado en las normas jurídicas que prevén la obligación, en las elaboraciones jurisprudenciales al respecto y en pruebas suficientes acerca de todos los extremos del proceso, de manera tal que la transacción jurídica beneficie a la administración y no sea lesiva para el patrimonio público.

En esos términos, el órgano de cierre<sup>3</sup> de esta Jurisdicción ha enseñado, que el Juez, para aprobar el acuerdo, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) la representación de las partes y la capacidad de sus representantes para conciliar, (ii) la disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes, (iii) que no se hubiere configurado el fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción, y (iv) que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público.

En cuanto al último de los requisitos mencionados, ha dicho la Sección Tercera del Consejo de Estado 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 examinado por el Juez, quien para aprobarlo debe establecer que ese arreglo económico se ajuste a la ley y no resulte lesivo para el patrimonio público<sup>4</sup>.

Sumado a lo anterior, respecto de las pruebas necesarias para aprobar el acuerdo conciliatorio, ha dicho también el H. Consejo de Estado:

“En éste mismo sentido, ha manifestado la Sala, que la conciliación en materia contenciosa administrativa y su posterior aprobación, deben estar respaldadas con elementos probatorios idóneos y suficientes respecto del derecho objeto de controversia, por estar en juego el patrimonio estatal y el interés público, de manera que, con el acervo probatorio allegado, el juez de conocimiento no tenga duda alguna acerca de la existencia de la posible condena en contra de la administración y que por lo tanto la aprobación del acuerdo conciliatorio resultará provechoso para los intereses de las partes en conflicto.”<sup>5</sup>

La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos y de descongestión judicial, a través del cual dos o más personas, naturales o jurídicas, pretenden por sí mismas resolver sus diferencias ante un tercero neutral y calificado conocido como conciliador (art. 64 Ley 446 de 1998). Con este instrumento se pretende lograr un eficaz acceso a la administración de justicia y dar cumplimiento a los principios que inspiran el ordenamiento jurídico y los fines esenciales del Estado, contenidos en el Preámbulo y en el artículo 2º de la Carta, en particular los relacionados con la justicia, la paz y la convivencia.

De conformidad con el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, pueden conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas de derecho público a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y de contenido económico, de que conozca o pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo,

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Providencia del 3 de marzo de 2010, Radicación No. 05001-23-31-000-2009-00558-01(37644), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

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

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 21 de octubre de 2004, Radicación No. 25000-23-26-000-2002-2507-01(25140) C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

disposición que igualmente se presenta en el artículo 20 del Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009, por el cual se reglamenta el artículo 12 de la Ley 1285 de 2009.

Para la aprobación de un acuerdo conciliatorio, es necesario tener en cuenta lo ordenado en el inciso final del artículo 73 de la Ley 446 de 1998, que adicionó el art. 65 A de la Ley 23 de 1991, cuyo tenor literal es el siguiente: "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".

Esta disposición encuentra justificación en la necesidad de establecer límites a la autonomía de la voluntad de los entes públicos, de disminuir su capacidad dispositiva en relación con el sector privado, en razón a que aquéllos comprometen bienes estatales e intereses colectivos.

Por tal motivo, el reconocimiento voluntario de las obligaciones por parte de las entidades estatales debe estar fundamentado en las normas jurídicas que prevén la obligación, en las elaboraciones jurisprudenciales al respecto y en pruebas suficientes acerca de todos los extremos del proceso, de manera tal que la transacción jurídica beneficie a la administración y no sea lesiva para el patrimonio público.

En esos términos, el órgano de cierre<sup>6</sup> de esta Jurisdicción ha enseñado, que el Juez, para aprobar el acuerdo, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) la representación de las partes y la capacidad de sus representantes para conciliar, (ii) la disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes, (iii) que no se hubiere configurado el fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción, y (iv) 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).

En cuanto al último de los requisitos mencionados, ha dicho la Sección Tercera del Consejo de Estado, 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 examinado por el juez, quien para aprobarlo debe establecer que ese arreglo económico se ajuste a la ley y no resulte lesivo para el patrimonio público<sup>7</sup>.

Sumado a lo anterior, respecto de las pruebas necesarias para aprobar el acuerdo conciliatorio, ha dicho también el H. Consejo de Estado:

"En éste mismo sentido, ha manifestado la Sala, que la conciliación en materia contenciosa administrativa y su posterior aprobación, deben estar respaldadas con elementos probatorios idóneos y suficientes respecto del derecho objeto de controversia, por estar en juego el patrimonio estatal y el interés público, de manera que, con el acervo probatorio allegado, el juez de conocimiento no tenga duda alguna acerca de la existencia de la posible condena en

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 03 de marzo de 2010, Radicación No. 05001-23-31-000-2009-00558-01(37644) C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>7</sup> En este sentido, ver autos de julio 18 de 2007, Radicado No. 31838, C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio y de septiembre 4 de 2008, Radicado No. 33.367, entre otros.

**contra de la administración y que por lo tanto la aprobación del acuerdo conciliatorio resultará provechoso para los intereses de las partes en conflicto.”<sup>8</sup>**

## **4.2. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO**

Habiendo efectuado las anteriores precisiones sobre la conciliación en materia contenciosa administrativa, se entrará a analizar si en este caso se cumplen los presupuestos enunciados anteriormente para la aprobación del acuerdo objeto de revisión.

### **4.2.1. LA REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES Y LA CAPACIDAD DE SUS REPRESENTANTES PARA CONCILIAR**

Este Despacho pudo constatar, que quienes celebraron el acuerdo prejudicial se encontraban legitimados procesalmente para tal efecto, pues se observa poder debidamente otorgado por el señor GUILLERMO BERNAL DÍAZ al abogado RUBEN DARIO GIRALDO MONTOYA, quien a su vez sustituye con todas las facultades otorgadas, entre ellas la de conciliar, a la Dra. STEFFANY MENDEZ MORENO (Fls. 9-10 y 54).

Igualmente, se observa poder de sustitución otorgado por el Dr. LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS, quien ostenta la calidad de apoderado de la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, según lo establece escritura pública No. 522 del 28 de marzo de 2019, a la abogada YANETH PATRICIA MAYA GÓMEZ, con el fin de defender los intereses de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (Fls. 57), observándose la facultad para conciliar, consagrándose así para ambas partes – convocante y convocado la facultad expresa solicitada.

### **4.2.2. LA DISPONIBILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS ENUNCIADOS POR LAS PARTES**

Existe disponibilidad de derechos, toda vez que se trata de un conflicto de carácter particular y de contenido económico, dado que en el presente asunto la conciliación estuvo encaminada a obtener el pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías del docente.

### **4.2.3. INEXISTENCIA DEL FENÓMENO JURÍDICO DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN**

Se tiene que, en el presente asunto, conforme se establece en la solicitud de conciliación extrajudicial, se pretende la declaratoria del acto administrativo ficto o presunto configurado el 19 de diciembre de 2019, frente a la petición radicada el día 19 de septiembre del mismo año (Fls. 16-18).

Así las cosas, bástele al Despacho mencionar que conforme lo establece el literal d) del artículo 164 del C.P.A.C.A, podrá demandarse en cualquier tiempo, cuando se dirija contra los actos producto del silencio administrativo, razón para tener por cumplido el presente requisito.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 21 de octubre de 2004, Radicación No. 25000-23-26-000-2002-2507-01(25140), C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

#### **4.2.4. EL ACUERDO CONCILIATORIO DEBE CONTAR CON LAS PRUEBAS NECESARIAS, NO SEA VIOLATORIO DE LA LEY O NO RESULTE LESIVO PARA EL PATRIMONIO PÚBLICO**

##### **4.2.4.1. LA SANCIÓN MORATORIA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS**

La sanción moratoria ha sido definida por el máximo organismo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo como una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la citada Ley. Asimismo, determinó que de conformidad con la normatividad que rige la materia, se distinguen dos momentos diferentes que obedecen a situaciones distintas: uno es el momento de la liquidación del auxilio y otro el momento del pago del mismo previamente liquidado, es decir, que la indemnización moratoria se causa cuando la administración retarda el pago del auxilio de cesantías que se ha reconocido mediante un acto administrativo en firme<sup>9</sup>.

Cabe señalar que el Congreso de la República expidió la Ley 244 de 1995, por medio del cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, la cual fue modificada por la Ley 1071 de 2001, que a su vez fijó un término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías a los servidores públicos, circunscrito a quince (15) días contados a partir de la presentación de la solicitud de liquidación de dicha prestación, para expedir la resolución correspondiente<sup>10</sup> y, una vez quede ejecutoriada el acto administrativo de reconocimiento, se tienen cuarenta y cinco (45) días para efectuar el pago, estableciendo a su vez, una sanción moratoria por el incumplimiento de éste último plazo, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo<sup>11</sup>.

De la anterior normatividad, se logra concluir por parte de esta instancia judicial, que los servidores públicos tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, cuando estas fueron reconocidas y canceladas de manera tardía.

##### **4.2.4.2. DOCENTES OFICIALES Y LAS CESANTIAS**

Ahora bien, esta Instancia judicial procede a establecer si los docentes oficiales son servidores públicos o no. Al respecto, el máximo organismo de la Jurisdicción Constitucional<sup>12</sup> ha expresado lo siguiente:

**“El Pleno de este Tribunal reiteró el consenso existente en la doctrina y la jurisprudencia sobre el concepto de empleados públicos y señaló: (i) que los empleados públicos son un subconjunto**

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de marzo 27 de 2008, Radicación No. 20001-23-31-000-2002-00012-01(6050-05), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>10</sup> “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...”

<sup>11</sup> “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...” (Resaltado del Despacho).

<sup>12</sup> Sentencia SU 336 del 18 de mayo de 2017, M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

de otro mayor, el de los denominados servidores públicos, que es el término más genérico y comprehensivo que el texto constitucional utiliza para referirse al conjunto de empleados y funcionarios del Estado en sus distintas ramas; (ii) que ese grupo comprende cargos que, aunque desde distintos niveles, tienen en común el ejercicio de funciones típicamente administrativas, entre ellos los funcionarios elegidos para un período fijo, los de libre nombramiento y remoción y los de carrera administrativa, conformando así el grupo más numeroso de servidores públicos; (iii) que frente a las otras especies de empleados oficiales de que hablan los artículos 123 y 125 del Texto Superior, los empleados públicos conforman una categoría residual, a la que pertenecerían todos aquellos funcionarios del Estado que no encuadran en ninguno de tales grupos.

Aclarado lo anterior, la Corte explicó que los educadores oficiales no están expresamente rotulados dentro de ninguna de estas categorías; sin embargo, el Estatuto Docente vigente al momento de expedirse la actual Constitución los definió como empleados oficiales de régimen especial, mientras que la primera Ley Orgánica de Distribución de Competencias y Recursos y la Ley General de Educación, expedidas con posterioridad a ella, de manera coincidente los denominaron servidores públicos de régimen especial. A juicio de esta Corporación, estas definiciones pueden ser asumidas como de contenido equivalente, en tanto las diferencias existentes en cuanto al término inicial de cada una de ellas corresponderían a lo que en cada momento ha sido la forma más genérica de denominar a las personas que prestan sus servicios al Estado.

Conforme a lo anterior, este Tribunal adujo que según se desprende de la propia naturaleza y del régimen legal que les es aplicable, podrían considerarse como notas características del trabajo de los docentes oficiales: (i) el hecho de pertenecer a la rama ejecutiva y cumplir dentro de ella una tarea típicamente misional respecto de la función que compete a las secretarías de educación de las entidades territoriales y, en su momento, al Ministerio de Educación Nacional; (ii) se encuentran sujetos a un régimen de carrera su vinculación se produce por efecto de un nombramiento, que en consecuencia da lugar a lo que el derecho administrativo conoce como una relación legal y reglamentaria; y (iii) por esas mismas razones, los educadores estatales no podrían ser considerados trabajadores oficiales.

Visto lo anterior, indicó que “existen importantes semejanzas, incluso identidades, entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que, según se explicó, son propias del trabajo de los docentes oficiales”, entre ellas, cumplir tareas propias y típicas de entidades administrativas y la circunstancia de ser empleados de carrera, que se vinculan previo concurso, a través de un acto administrativo de nombramiento. Así mismo, consideró que “el carácter residual que según se explicó tiene esta categoría frente a las demás especies de servidores públicos, permite también considerar que en tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de esas otras especies, han de ser considerados empleados públicos a los efectos de que su régimen salarial y prestacional sea fijado mediante decretos expedidos a partir de leyes marco”.

(...).

De ese modo, esta Corporación entendió a los docentes como asimilables a los empleados públicos.” (Destacado en negrilla por el Despacho).

Tal postura, fue ratificada por el máximo organismo de Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo<sup>13</sup>, que señaló:

“(...)”

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, 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.” (Negrilla del Juzgado).

De los anteriores apartes jurisprudenciales emanados de la Honorable Corte Constitucional y del Honorable Consejo de Estado, se logra concluir por parte de esta instancia judicial que los docentes oficiales, son una categoría especial de empleados públicos, como quiera que ellos no son vinculados a través de un contrato de laboral, sino a través de un concurso de méritos para poder ingresar a la carrera de docentes y, por consiguiente, su relación laboral es a través de una relación legal y reglamentaria.

Ahora bien, cabe señalar el artículo 1° de la Ley 91 de 1989, distinguió entre docentes nacionales y nacionalizados de la siguiente manera:

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 18 de julio de 2018, Radicación No. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

**“Artículo 1.** Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

**Personal nacional.** Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

**Personal nacionalizado.** Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

**Personal territorial.** Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

**Parágrafo.** Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.”

Así mismo, el artículo 15 numeral 3 de la Ley 91 de 1989, estableció el régimen de cesantías de los docentes nacionales y nacionalizados:

**“Artículo 15.** A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...).

### **3. Cesantías:**

**Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.**

**Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.” (Negrilla fuera de texto).**

De la anterior normatividad, se logra concluir por parte de este Despacho que los docentes oficiales tienen dos regímenes para el pago de las cesantías, el primero, es el **régimen anualizado**, al cual tienen derecho los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y, el

segundo, es el **régimen retroactivo**, al cual tienen derecho los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de enero de 1989.

En ese orden de ideas, los docentes oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria cuando el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, no ha dado cumplimiento a los términos establecidos en la Ley 1071 de 2001, conforme lo dispuesto en la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018<sup>14</sup>, que expuso lo siguiente:

**“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.**

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley 175 para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

195. 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.

**3.5.3. 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.**

**3.5.4. 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.” (Destacado en negrilla por el Despacho).**

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 18 de julio de 2018, Radicación No. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

#### 4.2.4.3. PRUEBAS APORTADAS

Al respecto, sea lo primero destacar los elementos de convicción que se aportaron al expediente:

1. Resolución No. 1643 del 21 de marzo de 2017 a través de la cual la Secretaría de Educación y Cultura Departamental- Oficina Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció al convocante las cesantías parciales (Fls.11-12).

2. Certificación de pago de cesantía, expedido por la Vicepresidenta Fondo de Prestaciones del Magisterio, con la cual se informa al convocante que los dineros correspondientes al reconocimiento del retiro parcial de las cesantías se encontraban a su disposición a partir del 23 de junio de 2017 (Fl. 13).

3. Certificado de historia laboral del señor GUILLERMO BERNAL DÍAZ, el cual da cuenta que el mismo ostenta la calidad de docente en vigencia de la Ley 812 de 2003, con régimen de cesantías anualizado (Fls.14-15).

4. Copia del escrito en el cual el convocante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 1071 de 2006 y Ley 244 de 1995, por el no pago oportuno de las cesantías parciales (Fls.16-18).

5. Certificado de salarios correspondientes a los años 2015 al 2019 (Fls. 14-15).

Efectuado el anterior recuento probatorio, ha de indicarse que el acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes se circunscribe al pago del monto por valor de **\$6.933.663**, correspondiente al 90% del valor resultante de 100<sup>15</sup> días de mora, sin reconocimiento alguno por concepto de indexación.

Se tiene entonces que el aquí convocante solicitó el **06 de diciembre de 2016**, el reconocimiento y pago de las cesantías parciales con destino a compra de vivienda, las cuales fueron reconocidas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Regional Tolima, a través de la Resolución No. 1643 del 21 de marzo de 2017.

La Ley 1071 de 2001 determina que los 45 días para realizar el pago de las cesantías, se cuentan a partir del día siguiente a aquel en que el acto administrativo quedó en firme; para el caso en concreto, se tiene que el acto por medio del cual se ordena el reconocimiento y pago de las cesantías parciales del accionante, se debió haber expedido teniendo en cuenta los 15 días hábiles legales, a más tardar el **28 de diciembre de 2016**; sumados los 10 días hábiles correspondientes a la ejecutoria, tendríamos el **12 de enero de 2017**, por lo cual el término de los 45 días aludidos anteriormente para el pago de las cesantías parciales, culminaba el **16 de marzo de 2017**.

De lo anterior, se logra concluir por este operador judicial que, en el presente caso, el señor GUILLERMO BERNAL DÍAZ sí tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, como quiera que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), canceló de manera tardía sus cesantías parciales, pues como ya fue señalado, estas debieron ser consignadas a más tardar el **16 de marzo de 2017**.

<sup>15</sup> Fl. 55.

En consecuencia, a partir del día siguiente, es decir el **17 de marzo de 2017**, empezó a correr el término de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo hasta el día anterior a la fecha que se hizo efectivo el pago, lo cual aconteció según constancia vista a folio 13 del expediente, el **23 de junio de 2017**.

Visto el recuento realizado, la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria equivalente a **97 días** del salario devengado en el año 2017<sup>16</sup> por tratarse de cesantías parciales.

Cabe aclarar que, la parte convocante y convocada consideraron que los días en mora corresponden a 100 días, por lo cual el Despacho realizará la liquidación de las mismas de conformidad con el material probatorio allegado al cartulario así:

|                              |                   |
|------------------------------|-------------------|
| Proceso                      | 2020-00091        |
| Fecha petición cesantías     | 6 diciembre 2016  |
| Respuesta (15 días)          | 28 diciembre 2016 |
| Ejecutoria (10 días)         | 12 enero 2017     |
| 70 días hábiles              | 16 marzo 2017     |
| Mora a partir de             | 17 marzo 2017     |
| (Día anterior) fecha de pago | 22 junio 2017     |
| Días de mora                 | 97                |
| Salario mensual              | 2.311.221         |
| Salario diario               | 77.041            |
| Valor de la mora             | 7.472.948         |

Revisada la fórmula de arreglo autorizada por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio vista a folio 55, se tiene que en la misma se consideran que los días de mora son **100**, sin embargo al efectuar la liquidación por el Despacho se logra advertir que en dicha liquidación arroja tres días más, para lo cual este Despacho habrá de advertir que la mora se causa desde el día siguiente a los setenta días y hasta el día anterior a que se efectuó el pago.

No obstante, y aunque entre la liquidación efectuada en la conciliación de la entidad y la del Despacho se encuentra una diferencia de tres días, el Despacho debe advertir que el monto acordado para el pago en la conciliación efectuada por la entidad demandada LA – NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO ante la procuraduría 163 Judicial II para asuntos Administrativos, es por un valor de **\$6.933.663**, suma que resulta inferior al valor de la mora que arroja la liquidación del Despacho, pues obsérvese que la misma arroja un monto de **\$7.472.948** suma superior (ver cuadro a folio 13 del presente auto).

<sup>16</sup> Conforme lo establece la Sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 (4961-15) al tratarse de cesantías parciales se deberá tener en cuenta, para efectos de calcular la sanción moratoria, la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

Bajo estos presupuestos, es claro que le asiste razón a las partes para conciliar el reconocimiento de la mora por cesantías, generado por la tardanza de la entidad en el pago de las mismas al docente, el cual resulta acorde a los lineamientos legales dados sobre la materia.

Aunado a lo anterior, lo aquí conciliado no vulnera los intereses patrimoniales de LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por cuanto se dispone el pago de una acreencia laboral en cuantía del 90%, sin reconocimiento de indexación alguna. En ese orden de ideas, es posible afirmar que el acuerdo conciliación al que llegaron la partes, cumple con los requisitos sustanciales establecidos en el artículo 1° de la Ley 640 de 2001, además que no es lesivo para los intereses patrimoniales del Estado, aprobándose por las razones antes expuestas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué, Administrando Justicia en Nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: APROBAR** la conciliación prejudicial celebrada el día seis (6) de marzo del dos mil veinte (2020), entre el señor GUILLERMO BERNAL DÍAZ y la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, actuando ambas partes por intermedio de apoderado, en los términos contenidos en el acta y conforme lo expuesto en esta providencia.

**SEGUNDO:** De conformidad con lo estatuido en el artículo 13 del Decreto 1716 de 2009, la presente providencia aprobatoria junto con el acta de acuerdo conciliatorio, presta mérito ejecutivo.

**TERCERO:** A costa de la parte interesada, por Secretaría, expídanse copias o fotocopias auténticas del acta de conciliación y de la providencia aprobatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 114 del Código General del Proceso, por remisión expresa del artículo 306 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**CUARTO:** Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**

**GERMAN ALFREDO JIMÉNEZ LEÓN**  
**JUEZ**