

República de Colombia



Rama Judicial

Juzgado Segundo Administrativo Oral de Arauca

Informe Secretarial: Arauca (A), 7 de mayo de 2020, en la fecha paso al Despacho del señor Juez el presente expediente para lo pertinente. Sírvasse proveer.

Beatriz Adriana Vesga Villabona

Secretaría

Arauca (A), 11 de mayo de 2020

Expediente No. : 81-001-33-33-002-2019-000390-00
Demandante : María del Carmen Peñaloza Gereda
Demandado : Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales
del Magisterio
Naturaleza : Conciliación extrajudicial

ANTECEDENTES

A través de apoderada judicial, la señora María del Carmen Peñaloza Gereda el 20 de agosto de 2019, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó solicitud de audiencia de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación, la que correspondió a la Procuraduría 64 Judicial I para Asuntos Administrativos de Arauca (A), convocando a la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el objeto de conciliar sobre lo siguiente:

PRETENSIONES

“PRIMERO: Se declare la nulidad del Acto Ficto configurado el 24 de julio de 2018 que niega el reconocimiento de la sanción moratoria a mi mandante, de conformidad con los parámetros establecidos en la Ley 1071 de 2006.

SEGUNDO: El reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006 a mi mandante MARÍA DEL CARMEN PEÑALOZA GEREDA, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo. Contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía parcial y/o definitiva ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

TERCERO: Que sobre el monto de la SANCIÓN POR MORA reclamada, se ordene el reconocimiento de la respectiva indexación hasta la fecha en que se de el pago de esta prestación”. (negrillas del texto original).

HECHOS

Del escrito conciliatorio se extraen los siguientes:

- El 8 de julio de 2015 la señora María del Carmen Peñaloza Gereda solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales.
- Por medio de la Resolución No. 3445 del 29 de septiembre de 2015 le fueron reconocidas las cesantías solicitadas, las cuales le fueron pagadas el 30 de diciembre de 2015.
- El 23 de abril de 2018 la convocante solicitó el pago de la sanción moratoria.
- El 28 de junio de 2018, la convocante recibió un pago parcial de la sanción moratoria solicitada por valor de \$4.193.547.

Del trámite conciliatorio

Una vez llegada la fecha para llevar a cabo la audiencia de conciliación extrajudicial el 14 de noviembre de 2019 (ff. 25-27), la parte convocante manifestó sus pretensiones en igual sentido a como fueron transcritas previamente en esta providencia.

Por su parte, la entidad convocada propuso el siguiente acuerdo, el cual a partir de lo consignado en el acta de conciliación, se entiende fue aceptado por la parte convocante:

“De conformidad con las directrices aprobadas por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional en Sesión del 13 de septiembre de 2019, y de acuerdo con el estudio técnico presentado por Fiduprevisora S.A., como sociedad administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, la posición del Ministerio es CONCILIAR en la audiencia de conciliación programada en virtud de la solicitud de conciliación que ha promovido MARÍA DEL CARMEN PEÑALOZA GEREDA contra NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FOMAG, y en donde se pretende el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías, bajo los siguientes parámetros, teniendo en cuenta la fecha de solicitud de las cesantías y la fecha en la cual Fiduprevisora S.A. puso los recursos a disposición del docente:

No. de días de mora: 70

Asignación básica aplicable: \$2.866.699

Valor de la mora: \$6.688.964

Valor a conciliar: \$6.020.067 (90%)

Tiempo de pago después de la aprobación judicial de la conciliación: 2 MESES

No se reconoce valor alguno por indexación.

Se paga la indemnización con cargo a los recursos del FOMAG” (negritas del texto original).

Finalmente, el Agente del Ministerio Público, avaló el anterior acuerdo conciliatorio.

CONSIDERACIONES

Marco normativo

El artículo 64 de la Ley 446 de 1998, incorporado en el Decreto 1818 de 1998 artículo 1, establece que la Conciliación:

“es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”.

Igualmente, el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, incorporado en el Decreto 1818 de 1998 artículo 56, preceptúa que las personas jurídicas de derecho público pueden conciliar total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial:

“(…) sobre conflictos de carácter particular y 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. (...)”.

A su vez el artículo 80 ibídem, señala que:

“Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes individual o conjuntamente, podrán formular solicitud de conciliación prejudicial, al Agente del Ministerio Público asignado al Juez o Corporación que fuere competente para conocer de aquellas...”.

Aunado a lo anterior, el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al referirse a los requisitos previos para demandar, dispone en su numeral primero:

“(…) cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales (...)”

De las normas transcritas se deduce, que los asuntos que pueden conciliarse en la etapa extrajudicial, deben ser aquellos cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción contencioso administrativo, mediante el ejercicio de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y contractual, que son las reguladas en los artículos 138, 140 y 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3.2. Requisitos para aprobar los acuerdos conciliatorios judiciales o prejudiciales

Los requisitos que se deben cumplir a efectos de otorgar aprobación a los acuerdos conciliatorios, son los siguientes:

1. Que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes.
2. Que las entidades estén debidamente representadas y que los apoderados que actúen en representación de las mismas cuenten con facultad expresa para conciliar.
3. Que el medio de control por el que sea tramitado el asunto no tenga caducidad.
4. Que los derechos reconocidos estén debidamente respaldados por las probanzas que se hubieren arrimado a la actuación.
5. Que el acuerdo conciliatorio se ajuste al ordenamiento legal y no vulnere ninguna norma jurídica.
6. Que no resulte abiertamente inconveniente o lesivo para el patrimonio de la administración.

En este mismo sentido, ha dejado claro la jurisprudencia que, la conciliación en materia contenciosa administrativa y su posterior aprobación, debe estar respaldada 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.

Lo anterior resulta coherente con las condiciones que en materia de conciliación extrajudicial administrativa, expresa el Decreto compilatorio 1069 de 2015, artículo 2.2.4.3.1.1.8 cuando dispone que “*Las pruebas deberán aportarse con la petición de conciliación, teniendo en cuenta los requisitos consagrados en los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil*”, cuyas normas regulan el modo como deben allegarse las pruebas documentales al proceso, en este caso la conciliación extrajudicial (Art. 245 CGP) y los casos en los cuales tales documentos adquieren valor probatorio (Art. 246 ibídem).

Es de advertir que los anteriores requisitos, deben obrar en su totalidad dentro del acuerdo prejudicial, pues la sola falta de uno de ellos conllevaría necesariamente a su no aprobación, quedando relevado el operador judicial de estudiar la existencia de los demás, dada la naturaleza de inseparabilidad de los mismos.

3.3. Del caso concreto.

Por consiguiente, analizados los aspectos jurídicos de la conciliación, procede el Despacho a verificar si se cumplen o no los requisitos legales para dar o no, aprobación a la presente conciliación, realizando el análisis comparativo entre los requisitos enlistados *ut supra* con la conciliación bajo estudio, de lo que se concluye:

1. Que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes.

Se tiene que la Litis se contrae a una discusión de tipo económico de solución disponible para las partes, pues lo perseguido por la parte convocante es el pago de

la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006, por el no pago oportuno de las cesantías parciales.

2. Que las entidades estén debidamente representadas y que los apoderados que actúen en representación de las mismas y cuenten con facultad expresa para conciliar.

Se constata que la parte convocante estuvo debidamente representada en la Audiencia de conciliación por su apoderada, quien estaba expresamente para conciliar según el poder aportado (f. 9)

Por su parte, la parte demandada mediante escritura pública otorgó al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos poder general, en el cual se le confirió facultad para presentar fórmula de conciliación en los términos estrictamente descritos en el acta expedida por el comité de conciliación y defensa judicial del Ministerio de Educación Nacional. Este comité autorizó conciliar, según consta en la certificación suscrita por su Secretario Técnico el 7 de noviembre de 2019, aportado en la diligencia conciliatoria (f. 24), y presentada por la abogada Lina Paola Reyes Hernández en la audiencia celebrada, a quien el abogado principal, le sustituyó las mismas facultades a él conferidas, con lo cual se establece el cumplimiento de este requisito (ff. 19-24).

3. Que el medio de control por el que sea tramitado el asunto no esté afectado de caducidad.

Para abordar este punto, lo primero a considerar es que el medio de control por el que eventualmente se tramitaría esta actuación, sería el de nulidad y restablecimiento del derecho. Pero al ser el acto administrativo potencialmente demandado, un acto ficto con efectos negativos, no operan los términos de caducidad según lo dispuesto en el numeral 1 literal d del artículo 164 del CPACA.

4. Que el acuerdo conciliatorio se ajuste al ordenamiento legal y no vulnere ninguna norma jurídica.

El acuerdo conciliatorio se encuentra ajustado a derecho, por cuanto la conclusión a la que han llegado tanto la Corte Constitucional y el Consejo de Estado es que, los docentes oficiales son también destinatarios de la ley 1071 de 2006, y por ello son beneficiarios de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas y parciales¹.

Causación de la sanción moratoria.

Ahora en lo que tiene que ver con el plazo a partir del cual se genera la sanción moratoria, es necesario remitirse a los arts. 4 y 5 de la ley 1071 de 2006, los cuales preceptúan:

¹ Corte Constitucional en sentencia SU-336 de 2017 y Consejo de Estado - Sección Segunda, sentencia de unificación CE-SUJ2-012-18 del 18 de julio de 2018. Radicación No. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), M.P Sandra Lisset Ibarra Vélez.

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 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. (Negritas fuera de texto).

Al tenor de lo dispuesto en la norma anterior, el plazo para pagar las cesantías parciales o definitivas en principio son 60 días, sin embargo, a ese plazo es necesario sumarle los días de ejecutoria del acto administrativo que las decide oportunamente² -5 días si la petición se presentó en vigencia del Decreto 01 de 1984 o 10 días si la petición se hizo en vigencia del CPACA-. Aquí se precisa que el plazo de ejecutoria correrá una vez se realice la notificación del acto administrativo que reconoce las cesantías conforme al CPACA o al anterior CCA, depende del caso.

Frente a las hipótesis que se pueden presentar en relación con el reconocimiento de las cesantías y el momento en que se genera la mora en su pago, el Consejo de Estado en sentencia de unificación contempló las siguientes³:

² El término de ejecutoria había sido definido a través de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 27 de marzo de 2007 (IJ) Rad. 7600123310002000-02513-01.

³ Consejo de Estado - Sección Segunda, sentencia de unificación CE-SUJ2-012-18 del 18 de julio de 2018. Radicación No. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), M.P Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Nº	HIPOTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
1	PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
2	ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del termino de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
3	ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
4	ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
5	ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
6	ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ⁴	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
7	ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
8	ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
9	ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

Por otra parte, el salario que se tomará para la liquidación de la sanción moratoria de las cesantías definitivas será el vigente al momento del retiro del servicio; mientras que, en el caso de las cesantías parciales, será el vigente en que ocurra la

⁴ Se consideran los supuesto de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cueles, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

mora⁵ sin que varíe aun cuando comprenda varios años, y el monto ascenderá a un día de salario por cada día de retardo, hasta que se realice el pago, de acuerdo con el art. 5 parágrafo de la ley 1071 de 2006.

En esos términos, el acuerdo conciliatorio sobre el pago de la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías parciales estaría respaldado jurídicamente, por ser la convocante una docente oficial y por habersele pagado las cesantías parciales por fuera del plazo legal.

En efecto, en el caso concreto, la solicitud de pago de cesantías parciales, la resolución mediante la cual se ordenaron y la fecha de consignación de las mismas, fueron las que a continuación se relacionan:

Fecha de Solicitud de cesantías	Respuesta a Solicitud, N° de Resolución	Notificación del Acto Administrativo	Fecha de Consignación de Cesantías
8 de julio de 2015 ⁶ (Parciales)	3445 del 29 de septiembre de 2015	No se allegó Prueba	30 de diciembre de 2015

Al no haber prueba de la notificación del acto administrativo que reconociera las cesantías parciales, el plazo máximo del que disponía el FOMAG, para pagarlas era de 70 días contados a partir del día siguiente a la petición de pago, según la hipótesis No. 2 desarrollada por el Consejo de Estado en sentencia de unificación, puesto que se trató de una petición presentada en vigencia del CPACA, en la cual el acto administrativo que resolvió favorablemente la petición de reconocimiento y pago de las mismas fue expedido extemporáneamente, esto es, por fuera de los 15 días siguientes a la solicitud.

Así las cosas, los 70 días para pagar las cesantías parciales vencieron el día 20 de octubre de 2015 y teniendo en cuenta que la fecha de consignación de las mismas fue el 30 de diciembre de 2015, los días de mora fueron 70, si se cuentan en días calendario tal como lo hizo la entidad en la propuesta conciliatoria.

Por otra parte, tratándose de cesantías parciales, el salario que se toma para la liquidación de la sanción moratoria es el vigente en que ocurra la mora⁹ sin que varíe aun cuando comprenda varios años, y el monto ascenderá a un día de salario por cada día de retardo, hasta que se realice el pago, de acuerdo con el art. 5 parágrafo de la ley 1071 de 2006. El salario para liquidar la sanción por mora en este caso corresponde al del 2015 que ascendía a la suma de \$2.866.699⁷.

Así, es cierto que ha existido una mora desde el 21 de octubre al 29 de diciembre de 2015, por lo que habría lugar al reconocimiento y pago de la sanción moratoria

⁵ Ídem.

⁶ Esta fecha se extrae de la Resolución No. 3445 del 29 de septiembre de 2015.

⁷ Según el Formato único para la expedición de certificación de salarios de María del Carmen Peñaloza Gereda del año 2015, expedido el 17 de diciembre de 2019 por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

en razón a un día de salario por cada día de retardo con base en el salario mencionado, tal como lo acepta el Ministerio de Educación.

5. No lesividad al patrimonio público

En lo que respecta al requisito según el cual, el acuerdo conciliatorio no puede ser lesivo al patrimonio público, considera el despacho que no se cumple, por las siguientes razones:

En principio, el acuerdo al que llegaron las partes no tiene la apariencia de lesivo por cuanto se entendería que no se están pagando valores por fuera de lo solicitado, dado que se estableció que los días de mora fueron 70, que la asignación básica de la convocante al momento de la mora era de \$2.866.699 y que, de la operación aritmética en razón a un día de salario por cada día de retardo, arroja un valor de \$6.688.964, del cual se concilió en un 90%, sin reconocerse valor alguno por indexación, para un total de \$6.020.067.

Sin embargo, es a partir de la confesión que hace la parte convocante en el hecho noveno de su escrito conciliatorio, según la cual recibió un pago parcial de la sanción moratoria solicitada por valor de \$4.193.547, la que hace advertir como lesivo el acuerdo conciliatorio.

Ello es así, porque al momento de la liquidación de la sanción moratoria que hizo la entidad en la propuesta conciliatoria, no tuvo en cuenta el pago que con anterioridad había realizado por la suma de \$4.193.547, el cual debía restarse al total de la suma liquidada. Lo cual significa que, el saldo de la sanción moratoria adeudada a la señora María del Carmen Peñaloza Gereda no eran los 6.688.964, sino el resultado de ese valor menos los \$4.193.547 que ya había pagado la entidad y conciliar sobre ese resultado.

Ahora como tampoco se incluyó dentro de la propuesta el pago de indexación alguna y tampoco costas ni agencias en derecho, no podría ni siquiera el despacho tener como justificado el reconocimiento de una suma mayor a la que arrojara la operación aritmética antes mencionada.

En ese orden de ideas, a pesar de que se reconoce que de seguir adelante con un proceso judicial habría una probabilidad alta de condena a la entidad demandada, considera el Despacho que ante la lesividad que representa el acuerdo al patrimonio de la entidad, es ineludible su no aprobación.

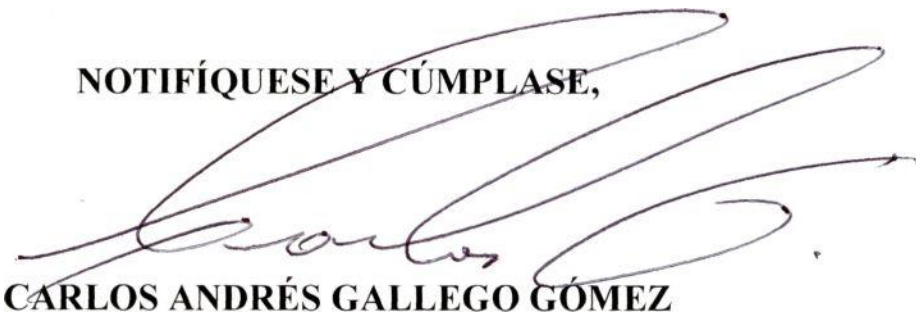
En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Arauca,

R E S U E L V E:

PRIMERO: NO APROBAR el acuerdo conciliatorio parcial extrajudicial objeto de esta decisión, al que llegaron las partes en la audiencia inicial del 14 de noviembre de 2019 celebrada en la Procuraduría 64 Judicial I para Asuntos Administrativos de Arauca, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: En firme esta providencia, archívese la actuación y devuélvanse los documentos originales presentados por las partes, previo desglose de los mismos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



CARLOS ANDRÉS GALLEGO GÓMEZ

Juez



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE ARAUCA
Notifico por ESTADO ELECTRÓNICO No. 33, en
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-administrativo-de-arauca/435>
Hoy, 12 de mayo de 2020, a las 08:00 A.M.



BEATRIZ ADRIANA VESGA VILLABONA
Secretaria