

República de Colombia



Rama Judicial Juzgado Segundo Administrativo Oral de Arauca

Arauca (A), 27 de noviembre de 2020

Expediente No. : 81-001-33-33-002-2020-00008-00
Convocante : Annay Mena Moreno
Convocado : Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Naturaleza : Conciliación extrajudicial

ANTECEDENTES

El 8 de noviembre de 2019, la señora Annay Mena Moreno a través de apoderada judicial presentó solicitud de audiencia de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación, la que correspondió a la Procuraduría 171 Judicial I para asuntos Administrativos de Arauca, 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 día **30 de agosto de 2019** 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 docente **ANNAY MENA MORENO**, 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 efectúe el pago de esta obligación a cargo de la convocada”. (negritas del texto original).

HECHOS

Del escrito conciliatorio y sus anexos se extraen los siguientes:

- El 21 de mayo de 2018 la señora Annay Mena Moreno solicitó a la entidad convocada el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales.
- Por medio de la Resolución No. 119 del 20 de febrero de 2019 le fueron reconocidas las cesantías solicitadas, las cuales le fueron pagadas el 26 de abril de 2019.
- El 30 de mayo de 2019 la convocante solicitó el pago de la sanción moratoria.

Del trámite conciliatorio

Una vez llegada la fecha para llevar a cabo la audiencia de conciliación extrajudicial, esto es, el 5 de febrero de 2020, la parte convocante reiteró las pretensiones consignadas en la solicitud de conciliación presentada, las cuales fueron transcritas previamente en esta providencia.

Por su parte, la entidad convocada propuso el acuerdo que se detalla a continuación, que fue aceptado por la parte convocante porque es claro, expreso y exigible.

“No. de días de mora: 233

Asignación básica aplicable: \$ 3641927

Valor de la mora: \$ 28285633,0333

Valor a conciliar: \$ 22628506 (80%)

Tiempo de pago después de la aprobación judicial de la conciliación: 1 MES (DESPUÉS DE COMUNICADO EL AUTO DE APROBACIÓN JUDICIAL).

No se reconoce valor alguno por indexación.

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)”.

Finalmente, con la remisión a este Despacho del acta del acuerdo conciliatorio y los anexos que lo soportan para efectos de control de legalidad, se entiende que la Agente del Ministerio Público avaló ese acuerdo¹.

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. (...)”.

¹ Si bien en la verificación de requisitos hecha por el Ministerio Público, se consignó equivocadamente el porcentaje conciliado y las fechas de la petición y la tirilla de pago, estas situaciones se superan, pues ese porcentaje aparece correctamente en la parte del acta donde se hizo la propuesta que fue aceptada. A su vez, el error en la fecha de la comunicación y el comprobante de pago no afecta el acuerdo al que llegaron las partes, pues los derechos reconocidos estén debidamente respaldados en las pruebas que obran en la actuación. como más adelante se desarrollará.

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.

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.
7. Que el acuerdo conciliatorio contenga una obligación clara, expresa y exigible.

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 extrajudicial, 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.

Del caso concreto

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; facultada expresamente para conciliar, según el poder aportado (f. 9).

Por su parte, la parte convocada mediante escritura pública otorgó al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos poder general para ejercer su defensa judicial, reservándose el derecho para conciliar (ff. 20-23). Por ello, en ejercicio de esa potestad el comité de conciliación y defensa judicial del Ministerio de Educación Nacional autorizó conciliar, según consta en la certificación suscrita por su Secretario Técnico el 5 de febrero de 2020 (f. 24); documento que fue aportado en la diligencia conciliatoria por la abogada Jenny Katherine Ramírez Rubio, a quien el abogado principal le sustituyó las mismas facultades a él conferidas (f. 19), con lo cual se establece el cumplimiento de este requisito.

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 parciales².

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 artículos 4 y 5 de la ley 1071 de 2006, los cuales preceptúan:

“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

² 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.

que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este”. (Negrillas 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 oportunamente³ - 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 siguientes⁴:

| N° | 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 | 45 días posteriores a la ejecutoria | 67 días posteriores a la expedición del acto |

³ 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.

⁴ 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.

| | | | | | |
|---|------------------------------------|-------------------|--|---|---|
| | | | notificación personal ⁵ | | |
| 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 mora⁶ 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 artículo 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.

5. Que los derechos reconocidos estén debidamente respaldados por las probanzas que se hubieren arrojado a la actuación.

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 |
|---|---|--------------------------------------|------------------------------------|
| 21 de mayo de 2018 ⁷ (Parciales) | 119 del 20 de febrero de 2019 | No se allegó Prueba | 26 de abril de 2019 ⁸ |

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

⁵ Se consideran los supuestos de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, 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.

⁶ 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.

⁷ Esta fecha se extrae de la Resolución No. 119 del 20 de febrero de 2019.

⁸ Fecha tomada del soporte de pago aportado por la parte convocante.

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 4 de septiembre de 2018 y teniendo en cuenta que la fecha de consignación de las mismas fue el 26 de abril de 2019, los días de mora fueron 233, si se cuentan en días calendario, tal como lo hizo la entidad en la propuesta conciliatoria.

En este caso, el salario para liquidar la sanción por mora corresponde al devengado por la convocante en el año 2018, al ser el año en que se causó la respectiva mora y que ascendía a la suma de \$3.641.927⁹.

Así, es cierto que ha existido una mora desde el 5 de septiembre de 2018 al 25 de abril de 2019, por lo que habría lugar al reconocimiento y pago de la sanción moratoria 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.

6. 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 también se cumple, por las siguientes razones:

Dado que se estableció que los días de mora fueron 233, resultan congruentes los valores pactados, pues la asignación básica de la convocante al momento de la mora era de \$3.641.927 y que la operación aritmética en razón a un día de salario por cada día de retardo arroja un valor de \$28.285.633, del cual se concilió el 80%, para un total de \$22.628.506.

Al respecto, se aclara que el Despacho frente al tema objeto de estudio en múltiples sentencias ha sostenido, y aun lo hace, la tesis de que el cómputo de los días de mora se toma en días hábiles¹⁰. Pese a ello, la propuesta por la entidad convocada de contabilizarlos como calendarios se acoge en el presente caso como una interpretación posible y razonable. Ello, partiendo de que no se concilió por el 100% del valor de la mora y en todo caso, se materializa así el principio de

⁹ Valor en el que coinciden las partes en el escrito de solicitud de conciliación extrajudicial y la certificación suscrita por el Secretario Técnico del comité de conciliación y defensa judicial del Ministerio de Educación Nacional.

¹⁰ En virtud a los siguientes razonamientos:

- De acuerdo con el arts. 4 y 5 de la ley 1071 de 2006, los días que se toman en cuenta para que opere la mora en el pago de las cesantías son hábiles, de manera que si la mora subsiste en el tiempo debe computarse de la misma forma, es decir, en días hábiles.

- Según el art. 62 en concordancia con el 59 de la ley 4 de 1913 “Sobre régimen político y municipal”, cuando se fijen plazos en días, deberán suprimirse los feriados y las vacantes, a menos de que se exprese lo contrario. De modo que, como la sanción corresponde a un día de salario por cada día de mora, sin que se haya especificado que el día mora debía entenderse día calendario, es aplicable esta norma.

- Computar la sanción moratoria con días hábiles, resulta menos lesivo al patrimonio estatal y de igual de forma se cumple la finalidad de la sanción, que de ninguna manera es enriquecer al beneficiario de ella y empobrecer a la entidad deudora.

economía y celeridad procesal, lo cual evita correlativamente, un desgaste en la administración de justicia; de ahí que no se avizore lesividad en el acuerdo frente a este aspecto. Aunado a ello, no se pactó reconocimiento de alguno por indexación.

7. Que el acuerdo conciliatorio contenga una obligación clara, expresa y exigible.

Por último, el acuerdo conciliatorio contiene una obligación clara, expresa y exigible, por cuanto el mismo establece los valores a pagar debidamente liquidados, también determina una fecha de pago y la forma en que se realizará el mismo.

En ese orden de ideas, se impartirá aprobación al acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes, tal y como se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: APROBAR el acuerdo conciliatorio extrajudicial objeto de esta decisión, al que llegaron la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la convocante Annay Mena Moreno en la audiencia del 5 de febrero de 2020 llevada a cabo ante la Procuraduría 171 Judicial para Asuntos Administrativos de Arauca, por lo expuesto en la parte motiva.

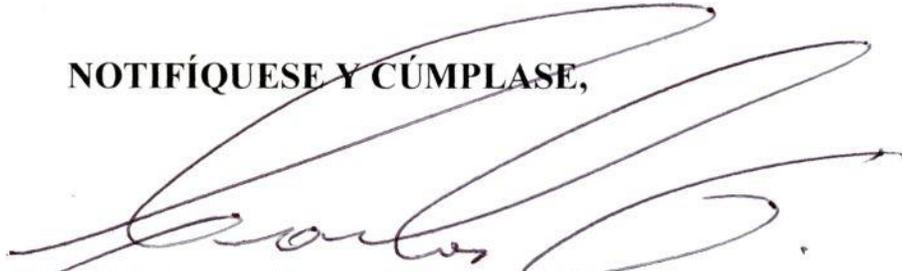
SEGUNDO: La Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la convocante Annay Mena Moreno, darán cumplimiento al acuerdo conciliatorio en los términos de Ley y de acuerdo a lo pactado en el mismo.

TERCERO: El acta de acuerdo conciliatorio con sus documentos, anexos y el presente auto aprobatorio debidamente ejecutoriado presta mérito ejecutivo y tienen efectos de cosa juzgada.

CUARTO: Por Secretaría, expídanse las copias que soliciten las partes, con observancia de lo dispuesto en los artículos 114 y 115 del CGP.

QUINTO: En firme la presente decisión archívense las diligencias, realizando las anotaciones a que haya lugar y también las pertinentes en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



CARLOS ANDRÉS GALLEGO GÓMEZ
Juez