JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, trece (13) de marzo de dos mil veinte (2020)

Ref.	**Conciliación extrajudicial.**
Radicación Nº.	70- 001-33-33-003-**2020-00023**-00
Demandante:	**Jorge Eliecer González Géneco**
Demandado:	**Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio "FOMAG"**

ASUNTO A DECIDIR

Procede el Despacho a pronunciarse sobre el acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes en la audiencia de conciliación prejudicial que fue celebrada el día treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020)[1].

1. ANTECEDENTES:

1. LA SOLICITUD DE CONCILIACIÓN PREJUDICIAL.

El señor **Jorge Eliecer González Géneco,** a través de apoderado presentó[2] ante la Procuraduría 164 Judicial II para Asuntos Administrativos de Sincelejo, solicitud para realizar audiencia de conciliación prejudicial, en la cual se convocaría a la **Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio "FOMAG"**, para efecto de que reconozca y pague las sumas adeudas por concepto de sanción mora por el pago tardío de las cesantías parciales de conformidad de la Ley 91 de 1989 y la Ley 1071 de 2006.

2. LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y EL ACUERDO LOGRADO.

La audiencia de conciliación fue celebrada el día treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020)[3], en la Procuraduría 164 Judicial II para Asuntos Administrativos de Sincelejo, llegando las partes a un Acuerdo, en atención a que la parte convocada -**Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio "FOMAG"**-, a través de su apoderado judicial y aportando concepto del Comité de Conciliación de dicha entidad, fórmula propuesta de acuerdo conciliatorio a la parte convocante en los siguientes términos[4]**:**

> *N° de días de mora: 75*
> *Asignación básica aplicable: $2.477.441*
> *Valor de la mora: $6.193.603*
> ***Valor a conciliar: $5.574.242,7 (90%)***
> *Tiempo de pago después de la aprobación judicial de la conciliación: 1 MES (DESPUÉS DE COMUNICADO EL AUTO DE APROBACIÓN JUDICIAL)*
> *No se conoce 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).*

[1] Fls. 73 - 74.
[2] Fl. 24
[3] Fls. 73 - 74
[4] Fl. 73 al respaldo.

Pactado lo anterior, el delegado del Ministerio Público conceptuó de manera favorable el acuerdo prejudicial tal quedó consignado en el mismo acta y ordenó posteriormente, la remisión del expediente mismo a los Jueces Administrativos del Circuito de Sincelejo, para el estudio de legalidad, correspondiente por reparto el asunto a este despacho Judicial.

2. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO:

I. REQUISITOS DE APROBACIÓN DE CONCILIACIÓN JUDICIALES EN EJERCICIO DEL CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACUERDO POR PARTE DEL JUEZ ADMINISTRATIVO.

La Ley 640 de 2001, en su artículo 24, consagra que la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa, debe ser aprobada o improbada por el Juez o corporación competente para conocer de la acción respectiva.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tendría que la misma es competencia de este despacho en virtud de la naturaleza del asunto, la cuantía (artículo 155 numeral 6º del C.P.A.C.A.) y el factor territorial (artículo 156 numeral 6º del C.P.A.C.A.).

De conformidad con el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, pueden conciliar, total o parcialmente en las etapas extrajudicial o judicial, las personas 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 los medios de control previstos en los artículos 138; 140 y 141 de la Ley 1437 de 2011.

Conforme a la normativa vigente, el juez administrativo en el control de legalidad que le corresponde de conformidad con el artículo 12 del Decreto 1716 de 2009[5], para aprobar el acuerdo conciliatorio, deberá previamente verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que no haya operado el fenómeno de la caducidad (artículo 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 81 de la Ley 446 de 1998- parágrafo 1 artículo 2 del Decreto 1716 de 2009).
2. Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes (artículos 59 de la Ley 23 de 1991 y 70 de la Ley 446 de 1998, artículo 2 del decreto 1716 de 2009).
3. Que las partes estén debidamente representadas y que estos representantes tengan capacidad para concilia[6]r.
4. Que los hechos que son el fundamento de la conciliación estén probados dentro del expediente de conciliación, esto es, que el acuerdo cuente con las pruebas necesarias[7].

[5] **Artículo 12.** *Aprobación judicial.* El agente del Ministerio Público remitirá, dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la correspondiente audiencia, el acta de conciliación, junto con el respectivo expediente al juez o corporación competente para su aprobación.
[6] **Artículo 5°. Decreto 1716.** *Derecho de postulación.* Los interesados, trátese de personas de derecho público, de particulares o de personas jurídicas de derecho privado, actuarán en la conciliación extrajudicial por medio de apoderado, quien deberá ser abogado inscrito y tener facultad expresa para conciliar.
[7] Ello, como quiera que debe exigirse que exista lo que la jurisprudencia ha denominado "probabilidad de condena", como aspecto complementario a la valoración que haga el juez de los elementos probatorios arrimados al expediente, para establecer que no basta con la constatación de los hechos que fundamentan el acuerdo, sino que además es necesario que se deduzca la probabilidad de declaratoria de responsabilidad de

5. Que al acuerdo no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público (artículo 65 de la Ley 23 de 1991 y artículo 73 de la Ley 446 de 1998).

Con referencia a la conciliación en materia contenciosa administrativa, el Consejo de Estado en auto del 19 de diciembre de 2019[8], sobre los presupuestos para aprobación, los resumió, así:

- Que se haya celebrado por los apoderados de las partes con facultad expresa para conciliar;
- Que su objeto sea un conflicto de carácter particular y de contenido económico;
- Que el mismo esté fundado en pruebas, no sea violatorio de la ley ni lesivo para el patrimonio público;
- Y que al tratarse de una entidad pública, se hubiera aportado el concepto del Comité de Conciliación de la entidad demandada, y por consiguiente, que se respetaran los parámetros dispuestos en éste.

II. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS EN EL CASO CONCRETO.

1. CADUCIDAD.

En el presente asunto, el medio de control a incoar sería el de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral y los actos administrativos que serían objeto de control judicial, serian actos fictos, los cuales, tal como lo consagra el artículo 164 numeral 1 literal d, pueden ser demandados en cualquier tiempo. De esta manera se cumple con el requisito del ejercicio oportuno del medio de control, bajo el entendido que el medio de control no haya caducado.

2. DERECHOS ECONÓMICOS DISPONIBLES POR LAS PARTES.

El acuerdo conciliatorio versa sobre sumas de dinero reclamados por los actores, por concepto de sanción mora resultantes de la falta del pago oportuno de las cesantías parciales reconocidas por la Nación - Ministerio de Educación - "FOMAG", sumas de dinero que al no hacer referencia a derechos mínimos irrenunciables, a la luz de la ley pueden ser objeto de negociación entre las partes.

3. REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES.

La parte convocante actuó por conducto de apoderado judicial, con expresas facultades para conciliar, como se aprecia en el poder obrante a folio 24 del expediente. Asimismo, el apoderado judicial[9] de la Nación - Ministerio de Educación - "FOMAG" fue facultado expresamente para conciliar y se contó con

---

la entidad como consecuencia de ellos, en el evento de que el afectado acuda al ejercicio de las acciones contenciosas.

[8] CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN TERCERA. Auto del 12 de diciembre de 2019, radicado: 19001-23-31-000-2010-00388-01(52572), C.P.: María Adriana Marín. Igualmente, radicación: 16.116, actor: Hospital Universitario San Rafael. En el mismo sentido ver: auto de dos de noviembre de 2000, radicación: 17.674, actor: DISCON LTDA.; auto de 29 de junio de 2000, radicación: 17.909, actor: José María Pertuz Parra

[9] Fl. 60.

el concepto del comité de conciliación de la entidad, el cual fue aportado a la audiencia, como se constata a folios 53 - 59 del expediente.

4. QUE EL ACUERDO CONCILIATORIO CUENTE CON LAS PRUEBAS NECESARIAS, NO SEA VIOLATORIO DE LA LEY O NO RESULTE LESIVO PARA EL PATRIMONIO PÚBLICO:

De las pruebas documentales allegadas al expediente el Despacho destacan las siguientes:

- Solicitud del reconocimiento de la sanción mora por pago tardío de las cesantías parciales realizadas por el actor en ejercicio del derecho de petición[10].
- Acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales, por parte de la Nación - Ministerio de Educación - "FOMAG", la solicitud de la misma, y la constancia de pago efectivo a los convocantes[11].
- Acta del Comité de Conciliación de la Nación - Ministerio de Educación - "FOMAG" del 13 de septiembre de 2019[12], adjunto la liquidación de la propuesta de conciliación.

I. LA SANCIÓN MORATORIA POR EL PAGO TARDÍO DE LAS CESANTÍAS Y SU APLICACIÓN A LOS DOCENTES AFILIADOS AL FNPSM.

El artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, la cual, subrogó la Ley 244 de 1995, sobre reconocimiento y pago de cesantías para servidores públicos, incluidos, los docentes y la sanción que se genera por el incumplimiento de los plazos establecidos para el efecto, dispone:

> ***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.*

Sobre su aplicación a los docentes afiliados al FNPSM, es necesario destacar que la H. Corte Constitucional en sentencia **SU-336 del 18 de mayo de 2017**, concluyó que los docentes deben considerarse servidores públicos y por tanto las normas de reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías a los servidores públicos, contenidas en la Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006, es aplicable a los docentes oficiales, puesto que esta resulta ser la condición más beneficiosa para los trabajadores docentes del sector oficial y, en esa medida, se adecue mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales.

---

[10] Fls. 30 - 31.
[11] Fls. 26 - 29.
[12] Fl. 72

Frente a los términos para la causación de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías parciales o definitivas regulada en la Ley 1071 de 2006, para el caso de los docentes afiliados al FOMAG, se debe tener en cuenta lo establecido en la Sentencia del Consejo de Estado SE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018.

Precisado lo anterior, este despacho considera que no se puede impartir aprobación al acuerdo conciliatorio llegado entre el señor **Jorge Eliecer González Géneco** y la **Nación - Ministerio de Educación Nacional - "FOMAG"**, contenida en el acta suscrita el día 30 de enero de dos mil veinte (2020) de la **Procuraduría 164 Judicial II para Asuntos Administrativos, por cuanto, carece de las pruebas necesarias para el efecto.**

En efecto, observado el expediente que contiene la conciliación prejudicial del citado convocante, no se cumplen los requisitos establecidos para que se imparta la homologación, atendiendo a que no se aportó prueba necesaria (documental), en donde conste la asignación básica del convocante para calcular el valor diario de su salario, para efectos del reconocimiento de los días de mora de las cesantías y determinar si se ajusta o no a los parámetros normativos y jurisprudenciales para realizar el reconocimiento conciliado y con ello, comprobar igualmente si se lesiona o no el patrimonio público.

Ello, teniendo en cuenta además, que por estar comprometido el patrimonio público debe exigirse que exista lo que la jurisprudencia ha denominado "probabilidad de condena", como aspecto complementario a la valoración que haga el juez de los elementos probatorios arrimados al expediente, para establecer que no basta con la constatación de los hechos que fundamentan el acuerdo, sino que además es necesario que se deduzca la probabilidad de declaratoria de responsabilidad de la entidad como consecuencia de ellos, en el evento de que el afectado acuda al ejercicio de las acciones contenciosas.

Por lo anterior, este Despacho Judicial no encuentra viable la aprobación de la conciliación extrajudicial, dada la carencia de pruebas que indiquen la asignación básica del convocante que impide obtener certeza por parte de este operador judicial deducir de donde fueron tomados los valores consignados en la ficha técnica aportada en la propuesta del comité de conciliación y defensa judicial del Ministerio de Educación Nacional y que fueron tenidos en cuenta como marco del acuerdo conciliatorio, como se observa en el acta de conciliación del 30 de enero de 2020 ante la Procuraduría 164 Judicial II para asuntos contenciosos administrativos[13].

CONCLUSIONES:

Acorde con lo expuesto en las consideraciones de esta providencia y por no cumplir con los requisitos establecidos por la Ley y las sub reglas jurisprudenciales establecidas por el Consejo de Estado, se improbara el acuerdo conciliatorio celebrado entre el señor **Jorge Eliecer González Géneco** y la Nación - Ministerio de Educación Nacional - "FOMAG", contenida en el acta suscrita el día 30 de enero de dos mil veinte (2020) de la Procuraduría 164 Judicial II para Asuntos Administrativos.

[13] Fls. 73 - 74.

3. DECISIÓN

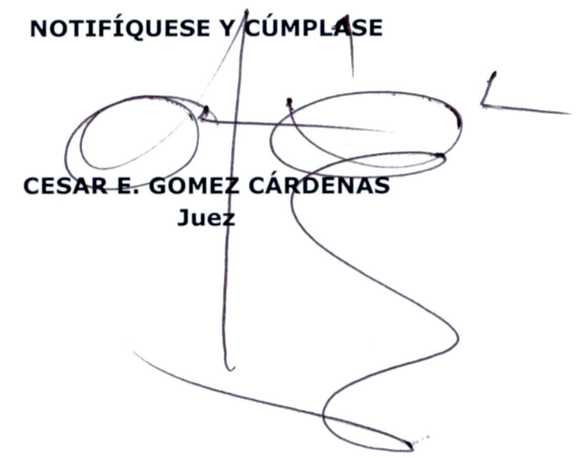
En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo:**

RESUELVE:

PRIMERO: NO APROBAR la conciliación judicial celebrada entre el señor **Jorge Eliecer González Géneco** y la Nación - Ministerio de Educación Nacional - "FOMAG", contenida en el acta suscrita el día 30 de enero de dos mil veinte (2020) de la ***Procuraduría 164 Judicial II para Asuntos Administrativos***, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Ejecutoriado este auto, **DEVUÉLVASE** a la Procuraduría Competente, previa constancia de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CESAR E. GOMEZ CÁRDENAS
Juez