



Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

D.E.I.P. Barranquilla, 22 de octubre de 2020

Radicado	08-001-3333-006-2020-00171-00
Medio de control	Conciliación Extrajudicial
Demandante	Efraín Merlano Paternina
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Jueza	Lilia Yaneth Álvarez Quiroz

Visto el informe secretarial que antecede, procede el Despacho a pronunciarse acerca de la viabilidad jurídica de la Conciliación Extrajudicial efectuada entre el señor Efraín Merlano Paternina y la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por intermedio de sus apoderados judiciales, efectuada el 22 de septiembre de 2020, ante la Procuraduría 197 Judicial I para Asuntos Administrativos de la ciudad de Barranquilla, la cual remitió la actuación correspondiente, para el respectivo control de legalidad.

1.- Antecedentes.

1.1. Hechos relevantes.

- Expresa la parte actora que el señor Efraín Merlano Paternina, por laborar como docente en los servicios educativos estatales a cargo del Municipio de Malambo, solicitó el 21 de junio de 2018 al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (a través de la Secretaría de Educación de Malambo) el reconocimiento y pago de las cesantías a las que tenía derecho.
- Que por medio de la Resolución No. 0041 de marzo de 2019 le fue reconocida la cesantía solicitada.
- Que la cesantía reconocida fue pagada por intermedio de la entidad bancaria y puesta a disposición el 15 de mayo de 2019, según consta en certificación adiada 20 de septiembre de 2019.
- Que solicitaron la cancelación de la sanción mora, a través de reclamación administrativa el 11 de octubre de 2019, sin embargo, la entidad no contestó la petición, configurándose el acto ficto desde el 11 de enero de 2020.

1.2. Solicitud.

- Que se declare la existencia y en consecuencia la nulidad del acto administrativo ficto configurado el 10 de enero de 2020, frente a la petición presentada el 10 de octubre de 2019, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora al señor Efraín Merlano Paternina, establecida en la Ley 1071 de 2006, 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 cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de cesantías ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.
- En consecuencia condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a que reconozca y pague la sanción por mora al señor Efraín Merlano Paternina, establecida en la Ley 1071 de 2006, 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 cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de cesantías ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

-. Condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a los que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor, desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

1.3. Trámite Procesal.

Mediante auto de fecha 17 de junio de 2020 fue admitida la solicitud de conciliación extrajudicial, en la cual se fijó fecha de audiencia el día 22 de septiembre de 2020 a las 3:00 PM¹.

La audiencia se inició en la fecha y hora establecida, y en cumplimiento de las formalidades, mediante acta con radicación No. 199, se procedió a declarar la conciliación disponiendo el envío de dicha acta, con los documentos pertinentes, para que fueran sometidos a reparto entre los Juzgados Administrativos de esta ciudad, para el respectivo control de legalidad².

La presente conciliación prejudicial correspondió a este Despacho por reparto efectuado el 28 de septiembre de 2020, por parte de la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos a este Despacho³.

1.4. Del Acuerdo Conciliatorio.

El 13 de diciembre de 2018, en la audiencia de conciliación, la apoderada del Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, manifestó:

*“De conformidad con las directrices aprobadas por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional en Sesión No. 55 del 13 de septiembre de 2019, y conforme al estudio técnico presentado por Fiduprevisora S.A. – sociedad fiduciaria administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – (FOMAG) –, la posición del Ministerio es CONCILIAR en la audiencia programada por ese Despacho, con ocasión a la convocatoria a conciliar promovida por EFRAIN EDUARDO MERLANO PATERNINA con CC 92495553 en contra de la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION - FOMAG, cuya pretensión es el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías (CP) reconocidas mediante Resolución No. 41 del 21/03/2019. Los parámetros de la propuesta, 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, son los siguientes: Fecha de solicitud de las cesantías: 21/06/2018. Fecha de pago: 15/05/2019 No. de días de mora: 223. Asignación básica aplicable: \$ 3.197.767. Valor de la mora: \$23.770.068. Propuesta de acuerdo conciliatorio: \$19.016.054 (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. La presente propuesta de conciliación no causará intereses entre la fecha en que quede en firme el auto aprobatorio judicial y durante el mes siguiente en que se haga efectivo el pago. 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) y el Decreto 2020 de 2019, y de acuerdo con la adición presupuestal de \$440.000.000.000 aprobada por el Consejo Directivo de FOMAG en sesión ordinaria de 9 de diciembre de 2019. Todo esto de conformidad con certificación suscrita por el Secretario Técnico (E) de comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional”.*⁴

Por su parte el apoderado de la parte convocante, manifestó:

¹ Ver documento No. 6 del expediente digital.

² Folio documento No. 7 del expediente digital.

³ Folio documento No. 14 del expediente digital.

⁴ Ver folios 2-3 del documento No. 7 del expediente digital.

“Estoy de acuerdo con la propuesta que hace la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG, resultando un valor total a pagar por DIECINUEVE MILLONES DIECISÉIS MIL CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$19.016.054)”⁵

Escuchadas las partes, el Procurador 197 Judicial I Administrativa de Barranquilla, al rendir concepto de fondo se pronunció en los siguientes términos (cita textual):

“La Procuradora Judicial considera que la anterior formula contiene obligaciones claras, expresas y exigibles, en cuanto al tiempo, modo y lugar de su cumplimiento y reúne los siguientes requisitos: (i) el eventual medio de control que se ha podido llegar a presentar no ha caducado (art. 61, Ley 23 de 1991, modificado por el art. 81, Ley 446 de 1998); (ii) el acuerdo conciliatorio versa sobre sobre conflictos de carácter particular y contenido patrimonial disponibles por las partes (art. 59, Ley 23 de 1991, y 70, Ley 446 de 1998); (iii) las partes se encuentran debidamente representadas y sus representantes tienen capacidad para conciliar; (iv) obran en el expediente las pruebas necesarias que justifican el acuerdo, respecto de las cuales, solicito que se les de valor probatorio como quiera que si bien algunas de ellas obran en copias simples, no lo es menos que de conformidad con lo dispuesto con el 246 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, dichas copias tiene el mismos valor probatorio del original, máxime cuando no han sido tachadas de falsas dentro del presente trámite, lo cual encuentra igualmente respaldo en los criterios jurisprudenciales proferidos por el Consejo de Estado (...) Así las cosas en criterio esta agencia del Ministerio Público, el acuerdo contenido en el acta no es violatorio de la ley y no resulta lesivo para el patrimonio público, toda vez que se enmarca dentro de los postulados de la sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018 por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, conforme la cual la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que contempló el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas y parciales de los servidores públicos, le es aplicable a los docentes oficiales, quienes son beneficiarios del régimen especial de cesantías previsto en la Ley 91 de 1989”⁶

2.- Consideraciones.

2.1. Competencia.

Esta autoridad judicial es competente para conocer del presente control de legalidad, debido a que el último lugar donde prestó sus servicios el señor Efraín Eduardo Merlano Paternina fue la Institución Educativa Juan XXIII en Malambo, Atlántico⁷. Ello de conformidad con el artículo 12 del Decreto 1716 de 2012, el cual prevé que, en caso de prosperar un acuerdo conciliatorio, el agente del Ministerio Público deberá remitir, dentro de los tres 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 o improbación.

2.2. Legitimidad Activa.

El señor Efraín Eduardo Merlano Paternina, conforma la parte activa, como quiera que fue quien presentó la petición de sanción moratoria por el retardo en el pago de sus cesantías parciales por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.3. Legitimidad Pasiva.

Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como quiera que fue esta entidad quien negó, mediante acto ficto, la solicitud de sanción moratoria por el retardo en el pago de sus cesantías parciales al señor Efraín Eduardo Merlano Paternina.

⁵ Ver folio 3 del documento No. 7 del expediente digital.

⁶ Ver folio 3 del documento No. 7 del expediente digital.

⁷ Ver folio 8 del documento No. 2 del expediente digital.

2.4. Problema Jurídico.

Consiste en determinar si se ajusta a la legalidad o no el acuerdo conciliatorio a que llegaron las partes el día 22 de septiembre de 2020, consistente en que la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pague el 80% del valor total de la sanción mora pretendida por el actor por los 223 días de retardo en el pago de sus cesantías parciales, acordando el pago de la suma de \$19.016.054, sin reconocer valor alguno por concepto de indexación.

Planteado el anterior interrogante, el Despacho analizará las normas pertinentes relacionadas con el caso que nos ocupa y reseñará la línea jurisprudencial establecida en relación con la sanción moratoria, y además abordará el tema de la conciliación en materia contenciosa administrativa.

2.5. Marco Jurídico.

El método de reajuste tradicionalmente utilizado para las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, es la aplicación del principio de oscilación, según el cual, las asignaciones de retiro tendrán en cuenta la totalidad de las variaciones que en todo tiempo se introduzcan a las asignaciones que se devengan en actividad, teniendo en cuenta el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, el artículo 151 del Decreto 1212 de 1990 y el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992.

2.5.1. De la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías.

La Ley 244 de 1995, fijó unos términos perentorios para el pago oportuno de cesantías definitivas para los servidores públicos o de lo contrario se incurriría en sanción por la mora en el pago de dicha prestación, así

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal 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 informárselo al penitencionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un **plazo máximo** de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

Parágrafo.- En caso de mora en el pago de las cesantías 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 éste.

(...).” (Negrillas del Despacho).

La anterior disposición normativa, fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006⁸, que en su artículo 2º, precisó su ámbito de aplicación así:

“Artículo 2. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional del Ahorro”.

De igual manera, la Ley en comento hizo extensiva la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales de los servidores públicos. Dice la norma:

“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”.(Se resalta).

De lo anteriormente expuesto, es posible inferir que la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, tiene un plazo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud para expedir la resolución correspondiente, y la entidad pública pagadora, tiene un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir de la fecha en la cual quede en firme el acto de reconocimiento, para cancelar esta prestación social, so pena de que la entidad obligada deba pagar al titular un día de salario por cada día de retardo hasta su pago efectivo.

Al establecerse un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas, se buscó que la Administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar su falta de respuesta o sus respuestas evasivas que acarreen perjuicio al peticionario. Carecería de sentido que el legislador mediante norma expresa estableciera un término especial para la liquidación y pago de cesantías si el inicio del mismo quedara al arbitrio de la administración⁹.

⁸ Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación

⁹ Sala Plena del Consejo de Estado. 27 de marzo de 2007. Expediente No. 2777-04. Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con el objeto de definir la naturaleza jurídica de los docentes oficiales, dictó la sentencia SUJ-012-S2¹⁰, a través de la cual unificó jurisprudencia para señalar que a los docentes oficiales 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 en las sentencias C-741 de 2012 y SU-336 de 2017.

En efecto, para la referida Sección *“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.”*¹¹

Es importante anotar que la tesis expuestas por el Consejo de Estado en cuanto a la aplicación de la Ley 244 de 1995 y sus modificaciones a los docentes oficiales, es de obligatorio acatamiento para los trámites pendientes de resolver, pues así quedó señalado en la sentencia de unificación aludida líneas arriba, al indicar que las reglas contenidas en dicha providencia deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos a la espera de decisión tanto en vía administrativa como judicial.

De otro lado, en lo que atañe al momento a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria, ora por falta de pronunciamiento o pronunciamiento tardío de la administración; ora por acto escrito de parte de la administración que reconoce la cesantía, la Sección Segunda del Consejo de Estado¹², al evidenciar que con relación al reconocimiento de la sanción moratoria tanto a docentes del sector oficial, como a la generalidad de los servidores públicos, existían imprecisiones en tanto el momento a partir del cual se hace exigible tal penalidad, unificó jurisprudencia para señalar que en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, deben observarse las reglas que a continuación se enuncian:

“i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida 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.

ii) 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 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

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena Sección Segunda, Sentencia de unificación por Importancia jurídica SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018, expediente 73001-23-33-000-2014-00580-01, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En dicha sentencia se unificó jurisprudencia sobre los siguientes puntos: i) La naturaleza del empleo docente y la aplicación de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial; ii) La exigibilidad de la sanción moratoria; iii) El salario base de liquidación de la sanción moratoria; y iv) La compatibilidad de la sanción moratoria con la indexación.

¹¹ Ibídem.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena Sección Segunda, Sentencia de unificación por Importancia jurídica SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018, expediente 73001-23-33-000-2014-00580-01, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En dicha sentencia se unificó jurisprudencia sobre los siguientes puntos: i) La naturaleza del empleo docente y la aplicación de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial; ii) La exigibilidad de la sanción moratoria; iii) El salario base de liquidación de la sanción moratoria; y iv) La compatibilidad de la sanción moratoria con la indexación.

este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto 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.

iii) Cuando se interpone 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.”

En este punto de la providencia, resulta pertinente señalar que frente al salario a tener en cuenta para liquidar la sanción moratoria, la Sección Segunda del Consejo de Estado, se pronunció a través de la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 de 2016¹³, en la que fijó como regla que sería el devengado por el empleado al momento en que se produce el retardo, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías sucesivos, la asignación salarial cambia por cada anualidad; sin embargo, dado que la controversia se originó en la consignación tardía de las cesantías de un empleado público del nivel territorial beneficiario del sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990¹⁴, solo ello fue objeto de unificación, sin hacer referencia a los demás regímenes, así como tampoco a la penalidad que se origina por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos.

Evidenciado lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación por importancia jurídica CE-SUJ-SII-012-2018 calendada 18 de julio de 2018¹⁵, se ocupó del tema en cuestión, precisando que la postura fijada en la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 de 2016, en tanto el salario base de liquidación para la sanción moratoria en la consignación tardía de las cesantías de un empleado público del nivel territorial beneficiario del sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990, se mantiene incólume; estableciendo además que respecto de la penalidad originada en el retardo o pago tardío de las cesantías definitivas y parciales de los servidores públicos en aplicación de la Ley 244 de 1995 y sus complementarias, debe observarse lo siguiente regla jurisprudencial:

*“3.5.3 (...) 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.” (Se destaca)*

2.5.3. La conciliación en materia administrativa.

De conformidad con en el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con el artículo 23 de la Ley 640 de 2001, podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de las acciones previstas en los artículos 138, 140 y 141 del CPACA.

El artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-Ley 1437 de 2011, también contempló la conciliación prejudicial en materia contencioso administrativa en las demandas en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. Asimismo, se estableció la posibilidad de conciliar judicialmente las pretensiones una vez instaurado el proceso ordinario en ejercicio de los medios de control señalados en los artículos 138, 140 y 141 de dicha regulación, conforme se puede observar en el numeral 8 del artículo 180 ibídem.

¹³ C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁴ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

¹⁵ Expediente radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-2015), medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Jorge Luís Ospina Cardona contra La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Departamento del Tolima.

La conciliación está definida por el legislador así:

Artículo 64 de ley 446 de 1998, conc. Art. 1º Decreto 1818 de 1998: *“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.”*

Sobre la conciliación contenciosa administrativa la Ley 23 de 1991 en los artículos 59, 61 y 65A establece:

“ARTICULO 59. Incorporado en el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, artículo 56. Artículo modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo. (...)”

El párrafo 2º del artículo 61 de la mencionada ley, dispone:

“ARTICULO 61. Incorporado en el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, artículo 63. Artículo modificado por el artículo 81 de la Ley 446 de 1998. (...)
PARAGRAFO 2o. No habrá lugar a conciliación cuando la correspondiente acción haya caducado.”

Por último el inciso tercero del artículo 65A estipula:

“ARTICULO 65-A. Incorporado en el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, artículo 60. Artículo adicionado por el artículo 73 de la Ley 446 de 1998. (...)
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.”

En reiteradas jurisprudencias la Sección Tercera del Consejo de Estado, se ha pronunciado sobre los requisitos que se deben cumplir, a efectos de otorgar aprobación a los acuerdos conciliatorios¹⁶, como son:

- 1. Que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes.*
- 2. Que las entidades estén debidamente representadas.*
- 3. Que los representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para conciliar y disponer de la materia objeto de convenio.*
- 4. Que no haya operado la caducidad de la acción.*
- 5. Que los derechos reconocidos estén debidamente respaldados por las probanzas que se hubieren arrojado a la actuación.*
- 6. Que no resulte abiertamente inconveniente o lesivo para el patrimonio de la administración.*

En este 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 al 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 resultara provechoso para los intereses de las partes en conflicto.

Es de advertir, que los anteriores requisitos deben obrar en su totalidad dentro del acuerdo judicial, pues la sola falta de uno de ellos conllevaría necesariamente a su improbación,

¹⁶ Auto del 21 de octubre de 2004. M.P. Germán Rodríguez Villamizar, Radicado: 2002-2507-01 (25140), actor: Seguros Liberty S.A., demandado: Empresa Inmobiliario Cundinamarca.

quedando relevado el operador judicial de estudiar la existencia de los demás, dada la naturaleza de inseparabilidad de los mismos.”

De lo anterior, puede decirse que los sujetos participantes, son los protagonistas de la conciliación, que se llegue mediante su intervención libre y directa ante un conciliador, que esta verse sobre derechos económicos; que no haya caducado la acción; que las pruebas allegadas sean suficiente; que el mismo no sea perjudicial para el patrimonio estatal, y finalmente que sea beneficioso para las partes.

2.6. Pruebas relevantes que obran en el proceso.

- Poder para actuar, conferido al apoderado del convocante.¹⁷
- Copia de la Resolución No. 0041 de 21 de marzo de 2019, proferida por la Secretaría de Educación Municipal de Malambo, en virtud de la solicitud radicada bajo el No. 2018-CES-551801 de 21/06/2018, a través de la cual se ordenó el reconocimiento y pago de cesantías parciales a favor del convocante.¹⁸
- Copia de la certificación expedida por Fiduprevisora respecto al pago efectuado el 15 de mayo de 2019 por concepto de cesantías parciales a nombre de Efraín Eduardo Merlano Paternina, a través de la entidad bancaria BBVA Colombia.¹⁹
- Copia de la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, dirigida al Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el 11 de octubre de 2019.²⁰
- Solicitud de conciliación ante la Procuraduría 197 Judicial I Para Asuntos Administrativos.²¹
- Copia del poder concedido por FOMAG a su apoderada para que sea representada en el trámite conciliatorio y sus anexos.²²
- Copia de la certificación, expedida por la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación de la entidad convocada y sus anexos²³, en la cual indica en las consideraciones que:

“De conformidad con las directrices aprobadas por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional en Sesión No. 55 del 13 de septiembre de 2019, y conforme al estudio técnico presentado por Fiduprevisora S.A. – sociedad fiduciaria administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – (FOMAG) –, la posición del Ministerio es CONCILIAR en la audiencia programada por ese Despacho, con ocasión a la convocatoria a conciliar promovida por EFRAIN EDUARDO MERLANO PATERNINA con CC 92495553 en contra de la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION - FOMAG, cuya pretensión es el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías (CP) reconocidas mediante Resolución No. 41 del 21/03/2019. Los parámetros de la propuesta, 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, son los siguientes:

Fecha de solicitud de las cesantías: 21/06/2018
Fecha de pago: 15/05/2019
No. de días de mora: 223
Asignación básica aplicable: \$ \$ 3.197.767
Valor de la mora: \$ \$23.770.068
Propuesta de acuerdo conciliatorio: \$ \$19.016.054 (80%)

¹⁷ Ver documento No. 3 del expediente digital.

¹⁸ Ver folio 8, documento No. 2 del expediente digital.

¹⁹ Ver folio 2, documento No. 2 del expediente digital.

²⁰ Ver folios 9-16, documento No. 2 del expediente digital.

²¹ Ver documento No. 1 del expediente digital.

²² Ver documentos Nos. 10, 11, 12 y 13 del expediente digital.

²³ Ver documentos Nos. 8 y 9 del expediente digital.

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.

La presente propuesta de conciliación no causará intereses entre la fecha en que quede en firme el auto aprobatorio judicial y durante el mes siguiente en que se haga efectivo el pago”.

-Copia del acta de conciliación Radicado No. 199 celebrada el 22 de septiembre de 2020.²⁴

2.7. Caso Concreto.

En la presente conciliación prejudicial se pretende a través de los apoderados judiciales de la parte convocante y convocada que se apruebe el acuerdo conciliatorio al que llegaron el día 22 de septiembre de 2020, consistente en que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio pague el 80% del valor total de la sanción mora pretendida por el actor por los 223 días de retardo en el pago de sus cesantías parciales, acordando el pago de la suma de \$19.016.054, sin reconocer valor alguno por concepto de indexación.

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

2.7.1. La debida representación de las partes que concilian y la capacidad de sus representantes para conciliar.

Sobre el particular se observa que la conciliación se ha celebrado entre la parte convocante, señor Efraín Eduardo Paternina Merlano como beneficiario de la sanción moratoria, representado por su apoderado judicial con facultad para conciliar, el abogado Efraín Miguel Merlano Meza, según el poder a él conferido²⁵, y la parte convocada, Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, representada por su apoderada judicial con facultad también para conciliar, la abogada Rosanna Liseth Varela Ospino, según la sustitución de poder que se le hiciera²⁶ y la facultad para presentar formula conciliatoria contenida en la cláusula sexta de la Escritura Pública 1230 de 11 de septiembre de 2019²⁷, mediante la cual se otorgó poder general del abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos, quien le sustituyó a la abogada Varela Ospino.

2.7.2. Que no haya operado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

Al respecto se tiene que el acto administrativo, por medio del cual se niega al señor Efraín Eduardo Merlano Paternina el pago de la sanción moratoria por el retardo en el pago de sus cesantías parciales, es un acto ficto en tanto no se acreditó respuesta por parte del FOMAG a la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria presentada el 11 de octubre de 2019.

En efecto, el artículo 164, literal d) del actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece: que la demanda podrá ser presentada en cualquier tiempo cuando se dirija contra actos producto del silencio administrativo, por lo tanto no se encuentra sometido a término de caducidad.

2.7.3. Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.

²⁴ Ver documento No. 1 del expediente digital.

²⁵ Ver documento No. 3 del expediente digital.

²⁶ Ver documento No. 10 del expediente digital.

²⁷ Ver documento No. 12 del expediente digital.

De los elementos probatorios relacionados en el acápite de pruebas relevantes, el Despacho considera que se encuentra respaldado probatoriamente el presente acuerdo conciliatorio.

2.7.4. Razones por las que se considera que el acuerdo respeta el orden jurídico.

Pues bien, teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial unificado expuesto en párrafos precedentes, según el cual **“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”**, y de acuerdo con los elementos de prueba aportados al proceso, se encuentra acreditado que la administración habría incurrido en un retardo en el reconocimiento de las cesantías parciales, toda vez que el acto de liquidación de la aludida prestación social fue expedido fuera del término de 15 días previsto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, en tanto el actor radicó la petición el **21 de junio de 2018**, de manera que el plazo venció el **3 de octubre de 2018** y la entidad expidió la Resolución No. 0041 el **21 de marzo de 2019**, esto es, 223 días después.

Conforme a lo expuesto, dado que la resolución no se profirió dentro de la oportunidad legal, el Despacho considera adecuado a derecho la aplicación, realizada por la Procuraduría 197 Judicial I para Asuntos Administrativos de Barranquilla, de la regla jurisprudencial fijada en la Sentencia de Unificación por importancia jurídica CE-SUJ-SII-012-2018 calendada 18 de julio de 2018, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado²⁸, relativa a la expedición del acto administrativo por fuera del término de ley, según la cual la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, 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.

En el caso concreto del demandante, los términos transcurrieron como pasa a exponerse a continuación:

Fecha reclamación cesantías parciales: 21 de junio de 2018
Vencimiento término para reconocimiento (15 días): 13 de julio de 2018
Vencimiento término de ejecutoria: 30 de julio de 2018
Vencimiento término para efectuar el pago: 3 de octubre de 2018
Fecha de reconocimiento: 21 de marzo 2019
Fecha de pago: 15 de mayo de 2019

Período de mora: desde 4 de octubre de 2018 hasta 14 de mayo de 2019, equivalente a **223 días**.

En cuanto a la asignación básica tomada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para la liquidación de la sanción, como se expuso en precedencia, se aplica la regla fijada en la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018 calendada 18 de julio de 2018²⁹, y por ende, es la vigente al momento de la causación de la mora, esto es, la devengada en el año 2018 el cual correspondía a \$3.197.767, según el acto administrativo que reconoció las cesantías parciales, valor que fue el tomado como base por el FOMAG para hacer la propuesta conciliatoria.

Además de lo anterior, el presente caso no está afectado por el fenómeno de la prescripción toda vez que la fecha desde la cual procede la reclamación por la mora en el pago de las cesantías es a partir del momento en que se generó el incumplimiento o que debió efectuarse el pago, para el presente caso es el 4 de octubre de 2018, por lo tanto la parte interesada contaba con tres años para realizar la reclamación, es decir

²⁸ Expediente radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-2015), medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Jorge Luís Ospina Cardona contra La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Departamento del Tolima.

²⁹ *Ibidem* 19.

hasta el 4 de octubre de 2021, habiendo radicado la solicitud de reconocimiento el 11 de octubre de 2019, se evidencia que no ha operado el fenómeno de la prescripción.

2.7.5. La conciliación no resulta lesiva para los intereses patrimoniales del Estado.

Al considerarse de recibo el derecho deprecado y la alta posibilidad de condena, el Despacho estima que la conciliación realizada no es perjudicial para el ente convocado, por el contrario, busca reparar las garantías constitucionales y el menoscabo al patrimonio económico del convocante; pues resulta totalmente diáfano, que no se le reconoció la sanción moratoria, teniendo el derecho a ello.

Además, hubo una disminución del veinticinco por ciento (25%) en el valor total que en caso de una condena le hubiere correspondido cancelar al FOMAG, lo cual en criterio de este Despacho se encuentra ajustado a derecho, ya que por ser ésta una erogación que no tiene la condición de derecho cierto e indiscutible, no es una prestación social en sí misma, sino una penalidad por el incumplimiento de una obligación, tal y como lo ha sostenido el Consejo de Estado y por lo tanto de carácter conciliable y renunciabile.

Así mismo la parte convocante renunciaría a la indexación de la sanción moratoria. Al respecto, ha de advertirse que según lo considerado por el Consejo de Estado³⁰ en su decantada jurisprudencia, no hay lugar a ordenar los ajustes de valor de acuerdo al IPC en los casos de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías contemplado en la Ley 1071 de 2006, debido a que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria toda vez que constituiría una doble penalidad. Sobre el particular, es pertinente traer a colación la posición pacífica que ha mantenido la Sección Segunda de esa Corporación en este punto, a saber:

“[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 199616, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que “la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995 [...]”³¹ (Subraya de la Subsección).

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria. (...)”

En tal sentido, lo anterior lleva al Despacho a concluir que el acuerdo no resulta lesivo para el patrimonio público.

En efecto, todo lo anteriormente expuesto, permite al Juzgado, conforme a lo previsto en el artículo 73 de la Ley 446 de 1998 modificadorio del artículo 65 A de la Ley 23 de 1991, aprobar el acuerdo conciliatorio, contenido en el acta de Conciliación Prejudicial de fecha 22 de septiembre de 2020, con radicación No. 199, efectuada entre el señor Efraín Eduardo Merlano Paternina y la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de

³⁰ Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia O-032-2016 de 17 de noviembre de 2016 proferida dentro del expediente 66001-23-33-000-2013-00190-01, Número Interno: 1520-2014, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz contra Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Revoca ordinal tercero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda y niega indexación.

³¹ Mediante la cual la Corte declaró exequible el parágrafo transitorio del artículo 3.º de la Ley 244 de 1995, y allí considera: “Así, el parágrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia (...) **En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella**” (Resaltado no es del texto original).

Prestaciones Sociales del Magisterio, suscrita ante la Procuraduría 197 Judicial I para Asuntos Administrativos de Barranquilla, en razón a que la misma no es contraria a las normas legales vigentes sobre la materia y, no causa lesividad alguna a los intereses propios del Estado.

En mérito de lo expuesto la Juez Sexta Administrativa Oral del Circuito de Barranquilla,

3.- RESUELVE:

PRIMERO: Aprobar el acuerdo conciliatorio contenido en el acta de fecha 22 de septiembre de 2020, con radicación No. 199, efectuada entre el señor Efraín Eduardo Merlano Paternina y la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la cual la convocada se obliga a reconocer y pagar al convocante la suma de DIECINUEVE MILLONES DIECISEIS MIL CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$19.016.054), correspondientes al 80% del valor total de la sanción mora pretendida por el actor por los 223 días de retardo en el pago de sus cesantías parciales, sin reconocer valor alguno por concepto de indexación. La fecha para el pago pactada es dentro de un (1) mes después de comunicado el auto de aprobación judicial.

SEGUNDO: El acta de acuerdo conciliatorio y el auto aprobatorio debidamente ejecutoriado prestan mérito ejecutivo y tienen efectos de cosa juzgada.

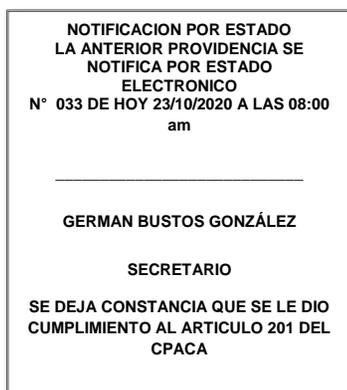
TERCERO: Declarar terminado el presente asunto. En consecuencia, una vez ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

CUARTO: Expídase a costa del interesado copia auténtica del presente proveído, con la constancia de ejecutoria, el acta del acuerdo conciliatorio y demás documentos pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ
Jueza

P/AFP



Firmado Por:

LILIA YANETH ALVAREZ QUIROZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 006 ADMINISTRATIVO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
BARRANQUILLA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Radicación No.: 08-001-3333-006-2020-00171-00
Demandante: Efraín Eduardo Merlano Paternina
Demandado: Nación – Ministerio de Educación - FOMAG
Medio de Control: Conciliación Extrajudicial

Código de verificación:
6b40eb2274fc8e774feb340cbe7cd89a75b5ebf71b85ea56141da7d32161546d
Documento generado en 22/10/2020 02:38:17 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>