



TEMA	RELIQUIDACIÓN Y REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO CON BASE EN EL I.P.C
RADICACIÓN	73001-33-33-012-2018-00416-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	EDUVIN GUTIÉRREZ JIMÉNEZ
DEMANDADO	CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL- CASUR
ASUNTO	AUTO APRUEBA CONCILIACIÓN JUDICIAL

Ibagué, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Procede el Juzgado a resolver lo que en derecho corresponda, respecto de la aprobación del acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes en audiencia inicial realizada el 02 de septiembre de 2020 (Fls. 45-47), entre los apoderados de las partes, dentro del asunto de la referencia.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

El señor Eduvin Gutiérrez Jiménez a través de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho a fin de que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio E-01524-201722973-CASUR id:273189 del 17 de octubre de 2017, mediante el cual la entidad demandada le negó la reliquidación y reajuste de su asignación de retiro a partir del año 1997, con el cómputo y porcentaje que corresponde al Índice de Precios al consumidor (IPC).

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó se condene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional- CASUR a reliquidar y reajustar la asignación de retiro teniendo en cuenta el IPC; así como el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia entre el reajuste y las sumas canceladas (Fls. 9-13).

1.2. EL ACUERDO CONCILIATORIO

En el transcurso de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el apoderado de la entidad demandada presentó fórmula de conciliación, aportando para tal efecto, el acta del comité técnico de conciliación de fecha 26 de agosto de 2020, en la que se consignó lo siguiente: "Una vez analizado y estudiado el expediente administrativo del demandante, el actor jurídico de Ibagué, avizora que le asiste derecho a la reliquidación de la asignación de retiro, respecto a la aplicación del IPC,

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00416-00
 MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: EDUVIN GUTIERREZ JIMENEZ
 DEMANDADO: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL- CASUR

de acuerdo con el Acta No. 03 del 16 de enero de 2020 proferida por el Comité de Conciliación de la entidad...” (Fl. 36).

Así mismo, presentó la respectiva liquidación materia de conciliación en los siguientes términos:

“Porcentaje de asignación	70%
INDICE INICIAL (FECHA DE INICIO PAGO)	12-oct-13
<u>Certificación índice del IPC DANE</u>	
INDICE FINAL (FINAL EJECUTORIA)	02-sept-20
INDICE FINAL	104,97

VALOR TOTAL A PAGAR POR INDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR

	CONCILIACIÓN
Valor de capital indexado	8.811.568
Valor capital 100%	7.863.745
Valor indexación	947.823
Valor indexación por el (75%)	710.867
Valor capital más (75%) de la indexación	8.574.612
Menos descuentos CASUR	-322.931
Menos descuentos de sanidad	-301.755
VALOR A PAGAR	7.949.926
INCREMENTO MENSUAL DE ASIGNACION DE RETIRO	\$ 96.168,00

A continuación, el apoderado de la demandada aclaró que luego de su aprobación judicial, el valor conciliado no devengará intereses dentro de los seis meses siguientes a la radicación de la respectiva cuenta de cobro por el demandante.

La referenciada fórmula de arreglo fue aceptada por el apoderado de la parte demandante, de la siguiente forma: “Una vez vista y revisada la propuesta que esboza el apoderado de la parte demandada me acojo integralmente a la misma...” (Fl. 46 reverso).

2. CONSIDERACIONES

2.1. LA CONCILIACIÓN JUDICIAL EN ASUNTOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS

La conciliación judicial en asuntos contencioso administrativos se encuentra consagrada en los artículos 104 y 105 de la Ley 446 de 7 de julio de 1998, que a la letra disponen:

“De la conciliación judicial en materia contencioso administrativa.

¹ Fl. 43 reverso.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00416-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EDUVIN GUTIERREZ JIMENEZ
DEMANDADO: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL- CASUR

ART. 104. Solicitud. La audiencia de conciliación judicial procederá a solicitud de cualquiera de las partes y se celebrará vencido el término probatorio. No obstante, las partes de común acuerdo podrán solicitar su celebración en cualquier estado del proceso.

En segunda instancia la audiencia de conciliación podrá ser promovida por cualquiera de las partes antes de que se profiera el fallo.

ART. 105. Efectos de la conciliación administrativa. Lo pagado por una entidad pública como resultado de una conciliación debidamente aprobada y aceptada por el servidor o ex servidor público que hubiere sido llamado al proceso, permitirá que aquella repita total o parcialmente contra éste.

La conciliación aprobada, producirá la terminación del proceso en lo conciliado por las partes que la acepten. Si la conciliación fuere parcial, el proceso continuará para dirimir los aspectos no comprendidos en éste. Si el tercero vinculado no consintiere en lo conciliado, el proceso continuará entre la entidad pública y aquél."

En materia contenciosa administrativa, podrán conciliarse aquellos asuntos de carácter particular y contenido económico que se ventilen ante la jurisdicción contenciosa administrativa a través las acciones de nulidad y restablecimiento, de reparación directa y controversias contractuales

Ahora bien, el artículo 180, numeral 80 del C.P.A.C.A. establece:

"POSIBILIDAD DE CONCILIACIÓN: En cualquier fase de la audiencia el juez podrá invitar a las partes a conciliar sus diferencias, caso en el cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento".

Aunado a lo anterior, corresponderá al Juez Administrativo la valoración sobre la existencia y validez del acuerdo conciliatorio celebrado por las partes, a fin de impartir la correspondiente aprobación si constata el cumplimiento de los requisitos señalados en el inciso 30 del artículo 73 de la Ley 446 de 1998, el cual en su último inciso señala: "La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea viola todo de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público...".

Sobre el punto en comento, el órgano de cierre² de esta Jurisdicción ha enseñado, que el Juez, para aprobar el acuerdo, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: **(i)** la representación de las partes y la capacidad de sus representantes para conciliar, **(ii)** la disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes, **(iii)** que no se hubiere configurado el fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción, y **(iv)** que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público.

Frente al último de los requisitos mencionados, ha dicho la Sección Tercera del Consejo de Estado que si bien la conciliación propende por la descongestión de la Administración de Justicia y por la composición del conflicto a través de una solución directa acordada por las partes, no lo

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Providencia del 3 de marzo de 2010, Radicación No. 05001-23-31-000-2009-00558-01(37644), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00416-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EDUVIN GUTIERREZ JIMENEZ
DEMANDADO: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL - CASUR

es menos que todo acuerdo conciliatorio debe ser examinado por el Juez, quien para aprobarlo debe establecer que ese arreglo económico se ajuste a la ley y no resulte lesivo para el patrimonio público³.

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

“En éste mismo sentido, ha manifestado la Sala, que la conciliación en materia contenciosa administrativa y su posterior aprobación, deben estar respaldadas con elementos probatorios idóneos y suficientes respecto del derecho objeto de controversia, por estar en juego el patrimonio estatal y el interés público, de manera que, con el acervo probatorio allegado, el juez de conocimiento **no tenga duda alguna acerca de la existencia de la posible condena en contra de la administración** y que por lo tanto la aprobación del acuerdo conciliatorio resultará provechoso para los intereses de las partes en conflicto.”⁴

2.2. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 640 de 2001, la cual establece que la conciliación judicial será aprobada por el juez si la encuentra conforme a la Ley, se pasará a analizar el cabal cumplimiento de los requisitos señalados, a efectos de decidir sobre la aprobación del acuerdo conciliatorio logrado por las partes para el presente caso.

2.2.1. LA REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES Y LA CAPACIDAD DE SUS REPRESENTANTES PARA CONCILIAR

Respecto a la representación de las partes y la capacidad de sus representantes para conciliar, observa el despacho que en la conciliación celebrada en audiencia inicial realizada el 2 de septiembre de 2020, las partes actuaron a través de apoderados debidamente constituidos.

De una parte, el abogado Edison Francisco Giraldo Correa apoderado del demandante contaba con facultad para conciliar de conformidad con el memorial que obra a folio 3. De otro lado, obra poder debidamente otorgado por la señora Representante Judicial de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, al abogado Daniel Alberto Manjarres Díaz visto a folio 28 con la misma potestad, consagrándose así para ambas partes -accionante y accionado-, en los respectivos poderes, la facultad expresa para conciliar.

Así mismo, obra certificación del Comité de Conciliación del 26 de agosto de 2020, mediante la cual se ratifica la política institucional y se recomienda de manera unánime conciliar el reconocimiento y pago del ajuste de las asignaciones mensuales de retiro por concepto del I.P.C (Fl. 36).

Lo anterior conlleva a determinar que los requisitos de representación de las partes y la capacidad de sus representantes para conciliar se encuentran cumplidos.

³ En este sentido, ver autos de julio 18 de 2007, Exp. 31838, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y de septiembre 4 de 2008, Exp. 33.367, entre otros.
⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 21 de octubre de 2004, Radicación No. 25000-23-26-000-2002-2507-01(25140), C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00416-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EDUVIN GUTIERREZ JIMENEZ
DEMANDADO: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL - CASUR

2.2.2. LA DISPONIBILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS ENUNCIADOS POR LAS PARTES

En lo referente a la disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes, considera el Despacho que en el presente proceso se debate una controversia de carácter particular y de contenido económico, pues las pretensiones en la solicitud de conciliación están encaminadas al reajuste de la asignación de retiro y el pago de los porcentajes de conformidad con el índice de precios al consumidor, dejados de pagar a la solicitante.

Considera este Despacho que es válido el acuerdo celebrado entre las partes, porque en éste no se menoscaban derechos ciertos e indiscutibles, no se renuncia a los mínimos establecidos en las normas laborales y al derecho a la seguridad social, y se obtiene la satisfacción del derecho reclamado por el solicitante, en el entendido que al convocante le asiste legalmente el derecho que es materia u objeto de conciliación.

2.2.3. INEXISTENCIA DEL FENÓMENO JURÍDICO DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Respecto de la configuración del fenómeno jurídico procesal de caducidad de la acción, en el presente asunto se cuestiona un acto que resuelve una solicitud referente a una prestación periódica como lo es la reliquidación de la asignación de retiro, por tanto, no hay lugar a determinar la existencia de caducidad del medio de control, de conformidad con lo dispuesto en el literal c del numeral 1° del artículo 164 de la ley 1437 de 2011. Lo anterior se sustenta también en el criterio de la naturaleza de la asignación de retiro, sobre la cual se ha establecido que "es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez".

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

2.2.4.1. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL DEL REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO

Para la resolución de la problemática planteada, resulta oportuno efectuar un análisis del marco Constitucional, Legal y Jurisprudencial del Reajuste y Reliquidación de la asignación de retiro de los Miembros de la Fuerza Pública.

Pues bien, de acuerdo con las previsiones del artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política de Colombia, al Congreso le corresponde dictar las normas generales y precisar en ellas, los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional, para fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública. Por tanto, y en desarrollo del referido mandato, se expidió la Ley 4ª de 1992, en cuyo artículo 1°, literal d), el Congreso dispuso que el Gobierno

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00416-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EDUVIN GUTIERREZ JIMENEZ
DEMANDADO: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL- CASUR

Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esa Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

En virtud de lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1211 de 1990, en cuyo artículo 169 dispuso:

“ARTÍCULO 169. OSCILACION DE ASIGNACION DE RETIRO Y PENSION. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

PARAGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y de Insignia, Coroneles y Capitanes de Navío, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.”

En contraste con lo anterior, respecto del reajuste de las pensiones ordinarias, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, señala:

“ARTÍCULO 14. Reajuste de Pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.”

Es decir, que dependiendo del régimen que cobije al detentor de una pensión o asignación de retiro, así mismo se calcularía el incremento anual de sus respectivas mesadas.

En consonancia con lo hasta ahora expuesto, el artículo 279 de la misma Ley 100 de 1993, plasmó expresamente las excepciones a la cobertura de las prerrogativas consagradas para el Sistema Integral de Seguridad Social contenido en dicha Ley, precisando que éstas no se aplicarían, entre otros, a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal civil que presta sus servicios en el Ministerio de Defensa, la Policía Nacional y en la Justicia Penal Militar y su Ministerio Público, con excepción de aquel que se vincule a partir de su vigencia.

Posteriormente, el Congreso de la República⁵ profirió la Ley 238 de 1995, mediante la cual adicionó un párrafo a la disposición en cita, zanjando las disparidad referida, en el sentido de precisar que los regímenes exceptuados por dicha norma, no podían verse excluidos de los beneficios y derechos contemplados en los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993, para los pensionados de los sectores allí contemplados. Por lo tanto, a partir de ese momento, el personal en uso de retiro de la Fuerzas Militares y la Policía Nacional, así como los civiles que prestaron sus servicios al Ministerio de

⁵ Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00416-00
MEDIO CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EDUVIN GUTIERREZ JIMENEZ
DEMANDADO: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL- CASUR

Defensa, a la Justicia Penal Militar o a su Ministerio Público, tuvieron el derecho al pago de la mesada adicional en el mes de junio de cada año y al reajuste anual de su asignación de retiro de conformidad con el IPC certificado por el DANE durante el año inmediatamente anterior.

Precisado lo anterior, resulta oportuno proceder a dar solución al problema jurídico el cual radica en la forma como se ha reajustado y se debe reajustar la pensión de sobreviviente de la demandante, toda vez que, el método utilizado es el llamado "*principio de oscilación*", en virtud del cual las pensiones otorgadas, se incrementan en el mismo porcentaje que las asignaciones de los miembros que se encuentran en actividad, como lo preveía el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 y que ahora mantiene el Decreto 4433 de 2004 que en su artículo 42 precisa:

"ARTÍCULO 42. OSCILACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO Y DE LA PENSIÓN. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley."

Es claro para esta instancia judicial, al igual que lo ha reiterado la Jurisprudencia de nuestra jurisdicción contenciosa, que el método descrito constituye una prerrogativa para los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional; sin embargo, no puede señalarse que sea el más favorable, si se tiene en cuenta que por la situación económica del país, eventualmente puede que éste resulte inferior al índice de precios al consumidor, es decir, que existe la posibilidad que en algunos años éste aumento sea inferior al del IPC, produciéndose un detrimento económico en las asignaciones de retiro y pensiones de los uniformados.

La evolución de éste tema se ha venido dando en marcada jurisprudencia de nuestros Tribunales, siendo ratificada por el máximo órgano de cierre de esta Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo⁶, entre otras, en sentencia de la Sección Segunda, con fecha 17 de mayo de 2007, proferida dentro del expediente identificado con el radicado No. 25000-23-25-000-2003-08152-01⁷, de tal suerte que, hasta hace un tiempo, se consideró que encontrándose los miembros de la Fuerza Pública cobijados por un régimen especial, no era posible aplicarles el régimen general en lo favorable, pues dicha mixtura implicaría, en primer lugar, una afectación al derecho a la igualdad de los servidores sometidos al régimen general que no tendrían opción de ver mejorados sus derechos, sino a través de una reforma normativa, y en segundo lugar, porque ello implicaría el desconocimiento al principio de inescindibilidad.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 17 de mayo de 2007, Radicación No. 25000-23-25-000-2003-08152-01, C.P. Jaime Moreno García.

⁷ "No existe la menor duda en el sentido de que bajo los mandatos del artículo original 279 de la ley 100 de 1993 los pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no eran acreedores del reajuste de sus pensiones como lo dispone el artículo 14 de aquella, vale decir, teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, sino como lo disponía el decreto 1212 de 1990, o sea mediante la oscilación de las asignaciones de los miembros de la Policía Nacional en actividad.

Pero, la ley 238 de 1995, adicionó el artículo 279 de la ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:
"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados."

Lo cual quiere significar que a partir de la vigencia de la ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la ley 100 de 1993, si tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE como lo dispuso el artículo 14 de la última, y a la mesada 14 en los términos del artículo 142 ibidem..."

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00416-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EDUVIN GUTIERREZ JIMENEZ
DEMANDADO: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL- CASUR

No obstante, fue el mismo legislador a través de la Ley 238 de 1995, quien dispuso la aplicación parcial de las normas generales, cuando en determinadas circunstancias resulten más favorables a los beneficiarios de regímenes especiales o cuando sus disposiciones produzcan un desmejoramiento de los derechos laborales y prestacionales.

De esta forma, forzoso es colegir que a partir de la vigencia de dicha ley, los pensionados de los sectores excluidos en un principio por la Ley 100 de 1993, tienen derecho a que se les reajusten sus pensiones con base en el Índice de Precios al Consumidor, es decir, que pese a la primacía del régimen especial sobre el general, las pensiones señaladas y reconocidas bajo el imperio de normas especiales, pueden incrementarse por los métodos descritos en los artículos 14 y 142, por expresa disposición de la ley.

Efectivamente sobre el tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de fecha 21 de agosto de 2008, señaló⁸:

“El ajuste de pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debe hacerse conforme al I.P.C., de que trata el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, por remisión expresa que hiciera el propio Legislador en la Ley 238 de 1995. A lo anterior se agrega, que además de la aplicación del ajuste del I.P.C. por remisión expresa del Legislador, la Sala también llegó a tal conclusión en razón del principio constitucional de favorabilidad que, por lo general, gobierna a los regímenes especiales, como es el caso de los miembros de la Fuerza Pública.”

Significa lo anterior, que sin desconocer el principio de inescindibilidad del régimen especial que rige a la Fuerza Pública, a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, las prerrogativas en mención no pueden ser desconocidas a los Miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en aplicación del principio de favorabilidad, disponiéndose en todos estos pronunciamientos que el ajuste de las asignaciones de retiro a partir del año de 1995, debía hacerse con fundamento en el I.P.C. que certifique el DANE, pero tan sólo hasta el año de 2004, toda vez que mediante el artículo 3° de la Ley 923 de 2004, reglamentado a su vez por el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, el Legislador retornó al sistema de oscilación como fórmula aplicable para calcular el incremento de las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; en consecuencia, el reajuste con base en el IPC solamente procedía hasta el 31 de diciembre de 2004.

En el mismo pronunciamiento, el H. Consejo de Estado, señaló:

“En ese orden, el ajuste de las asignaciones de retiro a partir del año de 1995 deberá hacerse con fundamento en el I.P.C. que certifique el DANE; fórmula aplicable hasta el año de 2004, en razón de que el propio Legislador volvió a consagrar el sistema de oscilación como la forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a través del artículo 3 [3.13] de la Ley 923 de 2004, el cual fue reglamentado por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año en los siguientes términos:

‘Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para

⁸ Consejo de Estado, Sección segunda, Sentencia del 21 de agosto de 2008. Radicación No. 25000-23-25-000-2007-00389-01(0663-08) C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00416-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EDUVIN GUTIERREZ JIMENEZ
DEMANDADO: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL- CASUR

cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.¹

Con fundamento en los argumentos transcritos, la Sala encuentra acertada la decisión del Tribunal, en cuanto ordenó el ajuste de la asignación de retiro del actor con base en el I.P.C. certificado por el DANE, tal como está previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 desde el 18 de octubre de 2002, por haber acaecido el fenómeno de la prescripción. Sin embargo, la Sala considera oportuno adicionar dicha decisión en el sentido de ordenar que el reajuste se haga hasta el 31 de diciembre de 2004, por cuanto, como quedó explicado, tanto el Legislador como el Ejecutivo previeron nuevamente para los miembros de la Fuerza Pública el sistema de oscilación, como fórmula especial de ajuste de las asignaciones de retiro.”

2.2.4.2. FENOMENO PRESCRIPTIVO

En relación con la prescripción del derecho reclamado, ha de advertirse que si bien es cierto prescriben las mesadas causadas que no se reclamaron en tiempo, ello no significa que tal fenómeno recaiga sobre el derecho al reajuste de la asignación de retiro, en vista que, dada su naturaleza de prestación periódica, la misma se va incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida, incidiendo en la liquidación de las mesadas futuras, razón por la cual a tal derecho no se le puede aplicar prescripción alguna.

En lo atinente al término prescriptivo de las mesadas de la asignación de retiro de los Agentes de la Policía Nacional, inicialmente el Decreto 1213 de 1990 la estableció en un término de cuatro años, siendo reducido el mismo a 3 años a partir del 31 de diciembre de 2004, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto 4433 de ese mismo año.

No obstante lo anterior, en sentencia del 2 de febrero de 2012, proferida por el H. Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardua, se indicó, que aún debe aplicarse el término de prescripción cuatrienal toda vez que las normas no tienen efectos retroactivos, es decir, que su eficacia en el tiempo opera hacia el futuro, salvo que en ellas mismas se disponga su aplicabilidad sobre hechos acaecidos con anterioridad a su puesta en vigencia, lo cual no ocurrió con el Decreto 4433 de 2004.

Ciertamente, tal como lo concluyó el H. Consejo de Estado en sentencia de 7 de febrero de 2013, con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 2028 de 2012, a los miembros de la Fuerza Pública les asiste el derecho al reajuste de su asignación de retiro con base en el IPC, sin perjuicio de que se declare la prescripción sobre las mesadas pensionales no reclamadas en tiempo, pues, como se indicó anteriormente, el fenómeno de la prescripción opera sobre las mesadas y no sobre el reajuste como tal y, en ese sentido, si bien no se puede cancelar la diferencia de las mesadas pensionales surgidas del reajuste aplicado para los años anteriores al 2004, dichos conceptos deben ser utilizados como base para la liquidación de las mesadas posteriores, en la medida en que podrían afectar la asignación de retiro a partir del año 2005.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00416-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EDUVIN GUTIERREZ JIMENEZ
DEMANDADO: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL- CASUR

2.2.4.3 HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Frente a las pruebas necesarias que permitan deducir una alta probabilidad de condena contra la entidad demandada, observa el despacho que al expediente se allegaron las pruebas conducentes y pertinentes, que permiten tener certeza respecto del derecho que le asiste a la parte demandante:

1. El señor Eduvin Gutiérrez Jiménez, prestó sus servicios en la Policía Nacional por un tiempo de dieciocho años, y once meses (Fl. 7).

2. Mediante Resolución No. 4303 del 22 de agosto de 1980, la Caja de Sueldos Retiro de la Policía Nacional- CASUR, reconoció y ordenó el pago de la asignación de retiro al señor Gutiérrez Jiménez (Fl. 8).

3. A través de escrito presentado el día 12 de octubre de 2017, el accionante solicitó ante la entidad demandada la reliquidación, reajuste y pago de la asignación de retiro conforme al IPC desde el año 1997 (Fl. 4).

4. Con Oficio E-01524-201722973-CASUR id:273189 del 17 de octubre de 2017, expedido por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional-CASUR, negó el reconocimiento y pago del IPC, ya que es necesaria la existencia de sentencia judicial a su favor (Fl. 5).

Bajo las premisas anteriores, es claro que le asiste razón a las partes para conciliar el derecho al reajuste de la asignación de retiro del demandante con base en el IPC, en razón a que, en primer lugar, el mismo no le ha sido pagado a pesar de tener derecho a éste, por otra parte existe fundamento legal y jurisprudencial que indica que el derecho al reajuste es imprescriptible y debe aplicarse a las mesadas futuras y finalmente, porque la fórmula planteada aplica la prescripción cuatrienal a las mesadas no reclamadas oportunamente, acorde a los lineamientos legales dados sobre la materia por el órgano de cierre de lo contencioso administrativo.

Aunado a ello, lo aquí conciliado no vulnera los intereses patrimoniales de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional- CASUR, por cuanto se dispone el pago de una acreencia laboral aplicando la prescripción cuatrienal de las mesadas pensionales, además de no efectuar reconocimiento alguno por los intereses generados dentro de los seis meses siguientes a la solicitud de pago, como tampoco por las costas y agencias en derecho como quiera que el proceso termina con la conciliación.

3. CONCLUSIÓN

Así las cosas, el Despacho observa que el acuerdo logrado por las partes no resulta lesivo para el patrimonio público, pues se constata que el Comité de Conciliación de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional- CASUR propuso una fórmula de arreglo enmarcada dentro del precedente jurisprudencial y que la misma se encuentra ajustada a los parámetros establecidos por éste, razón por la cual se procederá a avalar el acuerdo logrado por no resultar violatorio a la ley ni ser lesivo

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00416-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EDUVIN GUTIERREZ JIMENEZ
DEMANDADO: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL- CASUR

para el patrimonio público, en tanto se llegó a una fórmula de arreglo en la que se paga el 100% del capital adeudado por concepto del reajuste aludido, así como un 75% del monto adeudado por indexación, aplicando la prescripción cuatrienal (Fls. 37-43).

El acuerdo al que se llegó representa frente a la condena a imponer en sentencia, una disminución considerable de las sumas liquidas a reconocer, lo cual evidencia, sin género de duda, un ahorro considerable al presupuesto estatal.

En este orden de ideas, al encontrarse ajustado a derecho el acuerdo bajo examen se procederá a su aprobación.

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

RESUELVE:

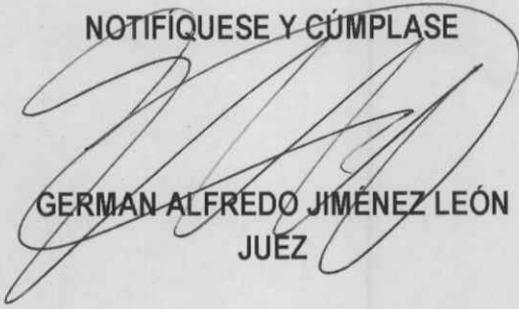
PRIMERO: APROBAR el acuerdo conciliatorio al que llegaron por conducto de apoderado el señor **EDUVIN GUTIÉRREZ JIMÉNEZ** y la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL-CASUR**, en audiencia inicial llevada a cabo el dos (02) de septiembre de dos mil veinte (2020), de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: La presente providencia debidamente ejecutoriada presta merito ejecutivo y tendrá efectos de cosa juzgada, de conformidad con la ley.

TERCERO: EXPÍDANSE por Secretaría, las copias respectivas con la constancia de su ejecutoria de acuerdo con el artículo 114 del Código General del Proceso, a solicitud de la parte interesada.

CUARTO: Ejecutoriada la presente decisión, archívese el expediente.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


GERMAN ALFREDO JIMÉNEZ LEÓN
JUEZ



TEMA	MORA CESANTÍA DOCENTE
RADICACIÓN	73001-33-33-012-2020-00175-00
CONVOCANTE	DIOSA CASTELLANOS GARCIA
CONVOCADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
ASUNTO	REVISIÓN DE CONCILIACIÓN

Ibagué, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

De la Procuraduría 216 Judicial I para asuntos administrativos de Ibagué, ha sido enviada para su revisión la **CONCILIACION PREJUDICIAL** llevada a cabo entre la apoderada judicial de la señora **DIOSA CASTELLANOS GARCIA** (parte convocante) y la apoderada de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (parte convocada).

1. PRETENSIONES

PRIMERO: Declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado el 08 DE ABRIL DE 2020, frente a la petición radicada el día 08 DE ENERO DE 2020 mediante Radicado 0000163, la cual niega el reconocimiento de la SANCIÓN POR MORA en el pago de las cesantías.

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

TERCERO: Que de conformidad con el artículo 187 del C.P.A.C.A, sobre el monto de la SANCIÓN POR MORA reclamada, se ordene el reconocimiento del respectivo ajuste de valor desde la fecha en que cesó la mora, es decir el 26 DE ENERO DE 2018, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.

CUARTO: En caso de no lograrse conciliación sobre las pretensiones anteriores, solicito, se declare fallida esta etapa previa y satisfecho el requisito de procedibilidad que debe cumplirse antes de procurar el acceso a la administración de justicia.” (Fl. 4).

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

2. HECHOS RELEVANTES

“(…) **TERCERO:** Teniendo de presente estas circunstancias, mi representado(a), por laborar como docente en los servicios educativos estatales en la Secretaria del MUNICIPIO DE IBAGUÉ, le solicito al Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día **23 DE AGOSTO DE 2017**, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

CUARTO: Por medio de la Resolución No. **1053-003476 DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2017**, le fue reconocida la cesantía solicitada.

QUINTO: Esta cesantía fue cancelada el día **26 DE ENERO DE 2018** por intermedio de entidad bancaria.

(…).

SÉPTIMO: Al observarse con detenimiento, mi representado (a) solicitó la cesantía el día **23 DE AGOSTO DE 2017**, siendo el plazo para cancelarlas el día **04 DE DICIEMBRE DE 2017**, pero habiéndolo sido el día **26 DE ENERO DE 2018**, por lo que transcurrieron **53** días de mora, contados a partir del **05 DE DICIEMBRE DE 2017**, día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles causados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta el día anterior a la fecha en que se hizo efectivo el pago de la misma, es decir el día **25 DE ENERO DE 2018**.

OCTAVO: Después de haber solicitado la cancelación de la sanción moratoria indicada, la entidad convocada, resolvió negativamente **en forma ficta la petición presentada**, situación que conlleva, de conformidad con el procedimiento administrativo a solicitarle a la entidad a llegar a acuerdos sobre las peticiones presentadas antes de incoar el medio de Control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO del mencionado acto administrativo, para cumplir con el requisito de procedibilidad (…)” (2-3).

3. ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia celebrada el 3 de agosto de 2020 ante la Procuraduría 216 Judicial I Administrativa de Ibagué, en donde la convocante fue la señora Diosa Castellanos García y el convocado la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se llegó al siguiente acuerdo conciliatorio¹:

“**Seguidamente** se le concede la palabra a la apoderada de la parte convocada **MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** con el fin de que se sirva indicar la decisión tomada por el comité de conciliación de la entidad en relación con la solicitud incoada por DIOSA CASTELLANOS, quien manifiesta: el reconocimiento y pago de las cesantías reconocidas en resolución 3476, bajo los siguientes parámetros: La fecha de solicitud de cesantías, 23 de agosto de 2017, fecha de pago de 26 de enero de 2018, días de mora: 52 días, asignación básica \$2.456.434, valor de la mora \$4.257.819 y propuesta de acuerdo conciliatorio por \$3.832.037 equivalente al 90% del valor de la mora, tiempo de pago un mes después de la aprobación judicial, no se reconoce valor por indexación y no se causaran 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,

¹ Fl. 2 del anexo No. 4.15 correspondiente al Acta de la audiencia de conciliación.

según certificación expedida el 3 de agosto de 2020. **Se le concede** el uso de la palabra a la apoderada de la parte convocante para que manifieste su posición frente a lo expuesto por la parte convocada: una vez analizada la fórmula conciliatoria esta se ajusta a las pretensiones por lo tanto la aceptamos”.

4. CONSIDERACIONES

4.1. LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

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

Ahora bien, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 2.2.4.3.1.1.2. del Decreto 1069 de 2015², las Entidades públicas y las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado, podrán conciliar total o parcialmente, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de los medios de control previstos en los artículos 138, 140 y 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, frente a los cuales la conciliación prejudicial constituye además requisito de procedibilidad para acudir a la Jurisdicción, tal y como lo establece el artículo 161-1 de la Ley 1437 de 2011.

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

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

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

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

En esos términos, el órgano de cierre³ de esta Jurisdicción ha enseñado, que el Juez, para aprobar el acuerdo, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: **(i)** la representación de las partes y la capacidad de sus representantes para conciliar, **(ii)** la disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes, **(iii)** que no se hubiere configurado el fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción, y **(iv)** que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público.

En cuanto al último de los requisitos mencionados, ha dicho la Sección Tercera del Consejo de Estado que si bien la conciliación propende por la descongestión de la Administración de Justicia y por la composición del conflicto a través de una solución directa acordada por las partes, no lo es menos que todo acuerdo conciliatorio debe ser examinado por el Juez, quien para aprobarlo debe establecer que ese arreglo económico se ajuste a la ley y no resulte lesivo para el patrimonio público⁴.

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

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

4.2. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

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

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

Este Despacho pudo constatar, que quienes celebraron el acuerdo prejudicial se encontraban legitimados procesalmente para tal efecto, pues se observa poder debidamente otorgado por la convocante al abogado Rubén Darío Giraldo Montoya (Fls. 7-8), quien a su vez substituyó poder a la abogada María Camila Villanueva Sánchez para la diligencia de conciliación, tal y como se observa en el anexo 4.5 denominado poder de sustitución convocante.

Igualmente, se observa poder de sustitución otorgado por el Dr. Luis Alfredo Sanabria Ríos en calidad de apoderado de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de

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

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

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

Prestaciones Sociales del Magisterio (según Escritura Pública No. 522 del 28 de marzo de 2019 aclarada por Instrumento Público No. 1230 del 11 de septiembre de 2019) a la abogada Yaneth Patricia Maya Gómez con el fin de defender los intereses de la entidad (Anexo 4.6. denominado poder sustitución Fomag) consagrándose así para ambas partes – convocante y convocado, en los respectivos poderes, la facultad expresa para conciliar.

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

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

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

Se tiene que en el presente asunto se pretende la declaratoria de nulidad del acto ficto o presunto, nacido a la vida jurídica como consecuencia del silencio de la entidad frente a la petición efectuada por el convocante a través de apoderado judicial el día 8 de enero de 2020 (Fl.2).

Conforme lo establece el literal d) del numeral 1° del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, los actos productos del silencio administrativo podrán demandarse en cualquier tiempo, razón para tener por cumplido el presente requisito.

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

4.2.4.1. LA SANCIÓN MORATORIA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

La sanción moratoria ha sido definida por el máximo organismo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo como una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la citada Ley. Asimismo, determinó que de conformidad con la normatividad que rige la materia, se distinguen dos momentos diferentes que obedecen a situaciones distintas: uno es el momento de la liquidación del auxilio y otro el momento del pago del mismo previamente liquidado, es decir, que la indemnización moratoria se causa cuando la administración retarda el pago del auxilio de cesantías que se ha reconocido mediante un acto administrativo en firme⁶.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de marzo 27 de 2008, Radicación No. 20001-23-31-000-2002-00012-01(6050-05), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Cabe señalar que el Congreso de la Republica expidió la Ley 244 de 1995, por medio del cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, la cual fue modificada por la Ley 1071 de 2001, que a su vez fijo un término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías a los servidores públicos, circunscrito a quince (15) días contados a partir de la presentación de la solicitud de liquidación de dicha prestación, para expedir la resolución correspondiente⁷ y, una vez quede ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento, se tienen cuarenta y cinco (45) días para efectuar el pago, estableciendo a su vez, una sanción moratoria por el incumplimiento de éste último plazo, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo⁸.

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

4.2.4.2. DOCENTES OFICIALES Y LAS CESANTIAS

Ahora bien, esta Instancia judicial procede a establecer si los docentes oficiales son servidores públicos o no. Al respecto, el máximo organismo de la Jurisdicción Constitucional⁹ ha expresado lo siguiente:

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

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

⁷ “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...”

⁸ “ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo....” (Resaltado del Despacho).

⁹ Sentencia SU 336 del 18 de mayo de 2017, M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

corresponderían a lo que en cada momento ha sido la forma más genérica de denominar a las personas que prestan sus servicios al Estado.

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

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

(...).

De ese modo, esta Corporación entendió a los docentes como asimilables a los empleados públicos.”

Tal postura, fue ratificada por el máximo organismo de Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo¹⁰, que señaló:

“(...).

79. Como tercer punto, una vez analizadas las normas que establecen el régimen jurídico de la educación en Colombia, es evidente la distribución de competencias del sector central – la Nación, a las entidades territoriales, en virtud del principio de la descentralización administrativa, y en atención a que la vinculación de los docentes se ha realizado a través de un órgano de la administración bien sea del orden nacional o departamental, todo ello con el fin de garantizar el efectivo y eficiente ejercicio del servicio público de educación que busca no solo el cumplimiento de la función pública, sino la materialización de los fines esenciales del Estado.

80. Y finalmente, en atención al régimen especial laboral de los educadores que prestan sus servicios al Estado, cuya vinculación al servicio se efectúa a través de concurso público, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como el ascenso, la permanencia y el retiro se encuentran regulados a través de la carrera administrativa prevista por el Estatuto de Profesionalización

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 18 de julio de 2018, Radicación No. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Docente contenido en el Decreto 1278 de 2002, se establece que su relación laboral es de carácter legal y reglamentaria.

81. Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

82. Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional.”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...).

3. Cesantías:

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

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

De la anterior normatividad, se logra concluir por parte de este Despacho que los docentes oficiales tienen dos regímenes para el pago de las cesantías, el primero, es el régimen anualizado, al cual tienen derecho los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y, el segundo, es el régimen retroactivo, al cual tienen derecho los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de enero de 1989.

En ese orden de ideas, los docentes oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria cuando el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, no ha dado cumplimiento a los términos establecidos en la Ley 1071 de 2001, conforme lo dispuesto en la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018¹¹, que expuso lo siguiente:

“193. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:

3.5.1 Unificar jurisprudencia en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 Sentar jurisprudencia **precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley**, o cuando no se profiere; **la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.**

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 18 de julio de 2018, Radicación No. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

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

195. De otro lado, también se sienta jurisprudencia precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, **los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.**

3.5.3 Sentar jurisprudencia señalando que, tratándose de cesantías definitivas, **el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.**

3.5.4 **Sentar jurisprudencia, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria.** Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.” (Destacado en negrilla por el Despacho).

4.2.4.3. PRUEBAS APORTADAS

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

1. Resolución No. 1053-003476 del 25 de noviembre de 2017 a través de la cual la Secretaría de Educación Municipal de Ibagué, reconoció a la señora Diosa Castellanos García el pago de cesantías parciales con destino a compra de vivienda (Fls. 12-15).

2. Certificación de pago de cesantía, expedido por la FIDUPREVISORA, con la cual se le informa a la señora Diosa Castellanos García que los dineros correspondientes al reconocimiento del retiro parcial de las cesantías se encontraban a su disposición a partir del 26 de enero de 2018 (Fl. 16).

3. Certificados de historia laboral de la señora Diosa Castellanos García, los cuales dan cuenta que la misma ostenta la calidad de docente nacional, con régimen de cesantías anual (Fls. 17-20).

4. Certificado de salarios de la docente correspondiente a los años 2015 al 2019 (Fls. 21-22).

Efectuado el anterior recuento probatorio, ha de indicarse que el acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes se circunscribe al pago del monto por valor de \$3.832.037 correspondiente al 90% del valor resultante de 52 días de mora, sin reconocimiento alguno por concepto de indexación.

Se tiene entonces que la aquí convocante solicitó el **23 de agosto de 2017**, el reconocimiento y pago de las cesantías parciales con destino a compra de vivienda, las cuales fueron reconocidas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Resolución No. 1053-003476 del 25 de noviembre de 2017.

Ahora bien, la Ley 1071 de 2001 determina que los 45 días para realizar el pago de las cesantías, se cuentan a partir del día siguiente a aquel en que el acto administrativo quedó en firme; para el caso en concreto, se tiene que el acto por medio del cual se ordena el reconocimiento y pago de las cesantías parciales de la accionante, se debió haber expedido teniendo en cuenta los 15 días hábiles legales, a más tardar el **13 de septiembre de 2017**; sumados los 10 días hábiles correspondientes a la ejecutoria, tendríamos el **27 de septiembre de 2017**, por lo cual el término de los 45 días aludidos anteriormente para el pago de las cesantías parciales, culminaba el **04 de diciembre de 2017**.

De lo anterior, se logra concluir por este operador judicial que en el presente caso, la señora Diosa Castellanos García sí tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, como quiera que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), canceló de manera tardía sus cesantías parciales, pues como ya fue señalado, estas debieron ser consignadas a más tardar el **04 de diciembre de 2017**.

En consecuencia, a partir del día siguiente, es decir el **05 de diciembre de 2017**, empezó a correr el término de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo hasta la fecha en que se puso a disposición el dinero a la demandante, lo cual aconteció según constancia vista a folio 16 de la solicitud de la conciliación, el **26 de enero de 2018**.

Visto el conteo realizado, la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria equivalente a **52 días** del salario devengado en el año 2017¹² por tratarse de cesantías parciales.

Proceso	2020-00175
Fecha petición cesantías	23 agosto 2017
Respuesta (15 días)	13 septiembre 2017
Ejecutoria (10 días)	27 septiembre 2017
70 días hábiles	04 diciembre 2017
Mora a partir de	05 diciembre 2017
(día anterior) Fecha de pago	25 enero 2018

¹² Conforme lo establece la Sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 (4961-15) al tratarse de cesantías parciales se deberá tener en cuenta, para efectos de calcular la sanción moratoria, la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

Días de mora	52
Salario mensual	2.456.434
Salario diario	81.881
Valor de la mora	4.257.819

Revisada la fórmula de arreglo autorizada por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio vista en el anexo No. 4.11 denominado certificación comité Fomag, se tiene que la misma se enmarca dentro del precedente jurisprudencial anotado y además, se ajusta a los parámetros establecidos por este, razón por la cual se pone de presente la viabilidad conciliatoria, teniendo en cuenta los siguientes parámetros: Se reconocerá el valor de **\$3.832.037** correspondiente al 90% de 52 días de mora, sin pago de indexación alguna, teniendo como fecha de pago el mes siguiente a la aprobación judicial de la conciliación.

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

Aunado a lo anterior, lo aquí conciliado no vulnera los intereses patrimoniales de la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por cuanto se dispone el pago de una acreencia laboral en cuantía del 90%, sin reconocimiento de indexación alguna. En ese orden de ideas, es posible afirmar que el acuerdo de conciliación al que llegaron la partes, cumple con los requisitos sustanciales establecidos en el artículo 1° de la Ley 640 de 2001, además que no es lesivo para los intereses patrimoniales del Estado, aprobándose por las razones antes expuestas.

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

RESUELVE:

PRIMERO: APROBAR la conciliación prejudicial celebrada el día tres (03) de agosto de dos mil veinte (2020), entre la señora DIOSA CASTELLANOS GARCIA y la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, actuando ambas partes por intermedio de apoderada, en los términos contenidos en el acta y conforme lo expuesto en esta providencia.

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

TERCERO: A costa de la parte interesada, **POR SECRETARÍA**, expídanse copias o fotocopias auténticas del acta de conciliación y de la providencia aprobatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 114 del Código General del Proceso, por remisión

EXPEDIENTE No.: 73001-33-33-012-2020-00175-00
CONVOCANTE: DIOSA CASTELLANOS GARCIA
CONVOCADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FOMAG
ASUNTO: REVISIÓN DE CONCILIACIÓN

expresa del artículo 306 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**ORIGINAL FIRMADO
GERMAN ALFREDO JIMÉNEZ LEÓN
JUEZ**



TEMA	MORA CESANTÍA DOCENTE
RADICACIÓN	73001-33-33-012-2020-00176-00
CONVOCANTE	JORGE ELIECER POLANIA
CONVOCADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
ASUNTO	REVISIÓN DE CONCILIACIÓN

Ibagué, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

De la Procuraduría 216 Judicial I para asuntos administrativos de Ibagué, ha sido enviada para su revisión la **CONCILIACION PREJUDICIAL** llevada a cabo entre la apoderada judicial del señor **JORGE ELIECER POLANIA** (parte convocante) y la apoderada de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (parte convocada).

1. PRETENSIONES

PRIMERO: Declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado el 15 DE FEBRERO DE 2020, frente a la petición radicada el día 15 DE NOVIEMBRE DE 2019 mediante TOL2019ER014855, la cual niega el reconocimiento de la SANCIÓN POR MORA en el pago de las cesantías.

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

TERCERO: Que de conformidad con el artículo 187 del C.P.A.C.A, sobre el monto de la SANCIÓN POR MORA reclamada, se ordene el reconocimiento del respectivo ajuste de valor desde la fecha en que cesó la mora, es decir el 24 DE MAYO DE 2017, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.

CUARTO: En caso de no lograrse conciliación sobre las pretensiones anteriores, solicito, se declare fallida esta etapa previa y satisfecho el requisito de procedibilidad que debe cumplirse antes de procurar el acceso a la administración de justicia.” (Fl. 4).

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

2. HECHOS RELEVANTES

“(…) **TERCERO:** Teniendo de presente estas circunstancias, mi representado(a), por laborar como docente en los servicios educativos estatales en la Secretaría del DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, le solicitó al Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día **11 DE NOVIEMBRE DE 2016**, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

CUARTO: Por medio de la Resolución No. **1611 DE 21 DE MARZO DE 2017**, le fue reconocida la cesantía solicitada.

QUINTO: Esta cesantía fue cancelada el día **24 DE MAYO DE 2017** por intermedio de entidad bancaria.

(…).

SÉPTIMO: Al observarse con detenimiento, mi representado (a) solicitó la cesantía el día **11 DE NOVIEMBRE DE 2016**, siendo el plazo para cancelarlas el día **22 DE FEBRERO DE 2017**, pero habiéndolo sido el día **24 DE MAYO DE 2017**, por lo que transcurrieron **91** días de mora, contados a partir del **23 DE FEBRERO DE 2017**, día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles causados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta el día anterior a la fecha en que se hizo efectivo el pago de la misma, es decir el día **23 DE MAYO DE 2017**.

OCTAVO: Después de haber solicitado la cancelación de la sanción moratoria indicada, la entidad convocada, resolvió negativamente **en forma ficta la petición presentada**, situación que conlleva, de conformidad con el procedimiento administrativo a solicitarle a la entidad a llegar a acuerdos sobre las peticiones presentadas antes de incoar el medio de Control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO del mencionado acto administrativo, para cumplir con el requisito de procedibilidad (…)” (Ver la pág. 2 y 3 de la solicitud de conciliación y anexos).

3. ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia celebrada el 13 de julio de 2020 ante la Procuraduría 216 Judicial I Administrativa de Ibagué, en donde el convocante fue el señor Jorge Eliecer Polania y el convocado la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se llegó al siguiente acuerdo conciliatorio¹:

“Por su parte la apoderada de la parte convocada NACION-MINISTERIO DE EDUCACION-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, manifestó a través de correo electrónico t_ymaya@fiduprevisora.com.co: (…)

De conformidad con las directrices aprobadas por el Comité de Conciliación 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

¹ (Fls. 35-41 y anexo No. 0.3 correspondiente al Acta de la audiencia de conciliación).

ocasión a la convocatoria a conciliar promovida por JORGE ELIECER POLANIA con CC 5966390 en contra de la NACIÓN – 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. 1611 del 21/03/2017. 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: 11/11/2016 Fecha de pago: 24/05/2017 No. de días de mora: 90 Asignación básica aplicable: \$ 3.397.579 Valor de la mora: \$ 10.192.737 Propuesta de acuerdo conciliatorio: \$ 8.663.826 (85%) 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. Se expide en Bogotá D.C., el 13 de julio de 2020, con destino a la PROCURADURÍA 106 JUDICIAL ADMINISTRATIVA DE IBAGUE. (...)

La suscrita Procuradora Delegada para la Conciliación Administrativa, manifiesta por medio de comunicación escrita enviado a los correos electrónicos de las partes:

La apoderada del FOMAG ya justificó su respuesta.

Dra. María Camila Por favor manifieste si acepta o no la propuesta en los términos establecidos en el acta del comité que aporta la apoderada del FOMAG, recordándole el cumplimiento de los deberes establecidos en la ley 1123 de 2007.

La apoderada de la parte convocante manifestó a través de correo electrónico notificacionesibague@giraldoabogados.com.co:

Dra. no estoy de acuerdo con la decisión que toma, por qué considero que lo pertinente es reprogramar la audiencia con el fin de que sea resuelta nuestra inquietud.

Sin embargo, como manifesté anteriormente la propuesta se ajusta a las pretensiones, por lo cual aceptamos la fórmula conciliatoria aportada por el Ministerio de Educación. Muchas gracias”

4. CONSIDERACIONES

4.1. LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

En principio se tiene que la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos y de descongestión judicial, se presenta cuando dos o más personas naturales o jurídicas pretenden resolver sus conflictos ante un tercero conocido como conciliador; luego entonces, se encuentra instituida para dar oportuna y ágil definición a las controversias a través de la mediación de dicho tercero dando una solución directa a los conflictos de carácter particular y

concreto de contenido económico, cuya resolución en principio debe darse a través del ejercicio de las acciones establecidas en la Ley que regula la materia por la cual se concilia.

Ahora bien, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 2.2.4.3.1.1.2. del Decreto 1069 de 2015², las Entidades públicas y las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado, podrán conciliar total o parcialmente, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de los medios de control previstos en los artículos 138, 140 y 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, frente a los cuales la conciliación prejudicial constituye además requisito de procedibilidad para acudir a la Jurisdicción, tal y como lo establece el artículo 161-1 de la Ley 1437 de 2011.

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

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

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

En esos términos, el órgano de cierre³ de esta Jurisdicción ha enseñado, que el Juez, para aprobar el acuerdo, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: **(i)** la representación de las partes y la capacidad de sus representantes para conciliar, **(ii)** la disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes, **(iii)** que no se hubiere configurado el fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción, y **(iv)** que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público.

En cuanto al último de los requisitos mencionados, ha dicho la Sección Tercera del Consejo de Estado que si bien la conciliación propende por la descongestión de la Administración de Justicia y por la composición del conflicto a través de una solución directa acordada por las partes, no lo es menos que todo acuerdo conciliatorio debe ser examinado por el Juez, quien para aprobarlo debe establecer que ese arreglo económico se ajuste a la ley y no resulte lesivo para el patrimonio público⁴.

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

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

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

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

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

4.2. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

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

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

Este Despacho pudo constatar, que quienes celebraron el acuerdo prejudicial se encontraban legitimados procesalmente para tal efecto, pues se observa poder debidamente otorgado por el convocante al abogado Rubén Darío Giraldo Montoya (Fls. 7-9), quien a su vez substituyó poder a la abogada María Camila Villanueva Sánchez para la diligencia de conciliación, tal y como se observa en el anexo 0.4. denominado poder de sustitución apoderada convocante.

Igualmente, se observa poder de sustitución otorgado por el Dr. Luis Alfredo Sanabria Ríos en calidad de apoderado de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (según Escritura Pública No. 522 del 28 de marzo de 2019 aclarada por Instrumento Público No. 1230 del 11 de septiembre de 2019) a la abogada Yaneth Patricia Maya Gómez con el fin de defender los intereses de la entidad (Fl. 42 y anexo 0.5) consagrándose así para ambas partes – convocante y convocado, en los respectivos poderes, la facultad expresa para conciliar.

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

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

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

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

Se tiene que en el presente asunto se pretende la declaratoria de nulidad del acto ficto o presunto, nacido a la vida jurídica como consecuencia del silencio de la entidad frente a la petición efectuada por el convocante a través de apoderado judicial el día 15 de noviembre de 2019 (Fl. 4 y anexos).

Conforme lo establece el literal d) del numeral 1° del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, los actos productos del silencio administrativo podrán demandarse en cualquier tiempo, razón para tener por cumplido el presente requisito.

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

4.2.4.1. LA SANCIÓN MORATORIA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

La sanción moratoria ha sido definida por el máximo organismo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo como una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la citada Ley. Asimismo, determinó que de conformidad con la normatividad que rige la materia, se distinguen dos momentos diferentes que obedecen a situaciones distintas: uno es el momento de la liquidación del auxilio y otro el momento del pago del mismo previamente liquidado, es decir, que la indemnización moratoria se causa cuando la administración retarda el pago del auxilio de cesantías que se ha reconocido mediante un acto administrativo en firme⁶.

Cabe señalar que el Congreso de la República expidió la Ley 244 de 1995, por medio del cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, la cual fue modificada por la Ley 1071 de 2001, que a su vez fijó un término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías a los servidores públicos, circunscrito a quince (15) días contados a partir de la presentación de la solicitud de liquidación de dicha prestación, para expedir la resolución correspondiente⁷ y, una vez quede ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento, se tienen cuarenta y cinco (45) días para efectuar el pago, estableciendo a su vez, una sanción moratoria por el incumplimiento de éste último plazo, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo⁸.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de marzo 27 de 2008, Radicación No. 20001-23-31-000-2002-00012-01(6050-05), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁷ "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..."

⁸ "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

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

4.2.4.2. DOCENTES OFICIALES Y LAS CESANTIAS

Ahora bien, esta Instancia judicial procede a establecer si los docentes oficiales son servidores públicos o no. Al respecto, el máximo organismo de la Jurisdicción Constitucional⁹ ha expresado lo siguiente:

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

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

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

Visto lo anterior, indicó que “existen importantes semejanzas, incluso identidades, entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados

pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo...” (Resaltado del Despacho).

⁹ Sentencia SU 336 del 18 de mayo de 2017, M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

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

(...).

De ese modo, esta Corporación entendió a los docentes como asimilables a los empleados públicos.”

Tal postura, fue ratificada por el máximo organismo de Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo¹⁰, que señaló:

“(…).

79. Como tercer punto, una vez analizadas las normas que establecen el régimen jurídico de la educación en Colombia, es evidente la distribución de competencias del sector central – la Nación, a las entidades territoriales, en virtud del principio de la descentralización administrativa, y en atención a que la vinculación de los docentes se ha realizado a través de un órgano de la administración bien sea del orden nacional o departamental, todo ello con el fin de garantizar el efectivo y eficiente ejercicio del servicio público de educación que busca no solo el cumplimiento de la función pública, sino la materialización de los fines esenciales del Estado.

80. Y finalmente, en atención al régimen especial laboral de los educadores que prestan sus servicios al Estado, cuya vinculación al servicio se efectúa a través de concurso público, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como el ascenso, la permanencia y el retiro se encuentran regulados a través de la carrera administrativa prevista por el Estatuto de Profesionalización Docente contenido en el Decreto 1278 de 2002, se establece que su relación laboral es de carácter legal y reglamentaria.

81. Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

82. Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 18 de julio de 2018, Radicación No. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional.”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...).

3. Cesantías:

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

Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías

existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.”.

De la anterior normatividad, se logra concluir por parte de este Despacho que los docentes oficiales tienen dos regímenes para el pago de las cesantías, el primero, es el régimen anualizado, al cual tienen derecho los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y, el segundo, es el régimen retroactivo, al cual tienen derecho los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de enero de 1989.

En ese orden de ideas, los docentes oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria cuando el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, no ha dado cumplimiento a los términos establecidos en la Ley 1071 de 2001, conforme lo dispuesto en la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018¹¹, que expuso lo siguiente:

“193. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:

3.5.1 Unificar jurisprudencia en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 Sentar jurisprudencia **precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.**

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

195. De otro lado, también se sienta jurisprudencia precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, **los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.**

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 18 de julio de 2018, Radicación No. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

3.5.3 Sentar jurisprudencia señalando que, tratándose de cesantías definitivas, **el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.**

3.5.4 **Sentar jurisprudencia, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria.** Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.” (Destacado en negrilla por el Despacho).

4.2.4.3. PRUEBAS APORTADAS

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

1. Resolución No. 1611 del 21 de marzo de 2017 a través de la cual la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima, reconoció al señor Jorge Eliecer Polania el pago de cesantías parciales con destino a construcción de vivienda (Fls. 10-12).

2. Certificación de pago de cesantía, expedido por la FIDUPREVISORA, con la cual se le informa al señor Jorge Eliecer Polania que los dineros correspondientes al reconocimiento del retiro parcial de las cesantías se encontraban a su disposición a partir del 24 de mayo de 2017 (Fl. 13).

3. Certificados de historia laboral del señor Jorge Eliecer Polania, los cuales dan cuenta que el mismo ostenta la calidad de docente nacionalizado, con régimen de cesantías retroactivo (Fls. 14-16).

4. Certificado de salarios del docente correspondiente a los años 2015 al 2019 (Fls. 17-18).

Efectuado el anterior recuento probatorio, ha de indicarse que el acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes se circunscribe al pago del monto por valor de \$8.663.826 correspondiente al 85% del valor resultante de 90 días de mora, sin reconocimiento alguno por concepto de indexación.

Se tiene entonces que el aquí convocante solicitó el **11 de noviembre de 2016**, el reconocimiento y pago de las cesantías parciales con destino a construcción de vivienda, las cuales fueron reconocidas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Resolución No. 1611 del 21 de marzo de 2017.

Ahora bien, la Ley 1071 de 2001 determina que los 45 días para realizar el pago de las cesantías, se cuentan a partir del día siguiente a aquel en que el acto administrativo quedó en firme; para el caso en concreto, se tiene que el acto por medio del cual se ordena el reconocimiento y pago de las cesantías parciales del accionante, se debió haber expedido teniendo en cuenta los 15 días hábiles legales, a más tardar el **05 de diciembre de 2016**; sumados los 10 días hábiles correspondientes a la ejecutoria, tendríamos el **20 de diciembre de 2016**, por lo cual

el término de los 45 días aludidos anteriormente para el pago de las cesantías parciales, culminaba el **22 de febrero de 2017**.

De lo anterior, se logra concluir por este operador judicial que en el presente caso, el señor Jorge Eliecer Polania sí tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, como quiera que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), canceló de manera tardía sus cesantías parciales, pues como ya fue señalado, estas debieron ser consignadas a más tardar el **22 de febrero de 2017**.

En consecuencia, a partir del día siguiente, es decir el **23 de febrero de 2017**, empezó a correr el término de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo hasta la fecha en que se puso a disposición el dinero al demandante, lo cual aconteció según constancia vista a la página 13 de la solicitud de la conciliación, el **24 de mayo de 2017**.

Visto el conteo realizado, el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria equivalente a **90 días** del salario devengado en el año 2017¹² por tratarse de cesantías parciales.

Proceso	2020-00176
Fecha petición cesantías	11 noviembre 2016
Respuesta (15 días)	05 diciembre 2016
Ejecutoria (10 días)	20 diciembre 2016
70 días hábiles	22 febrero 2017
Mora a partir de	23 febrero 2017
(día anterior) Fecha de pago	23 mayo 2017
Días de mora	90
Salario mensual	3.397.579
Salario diario	113.252,63
Valor de la mora	10.192.737

Revisada la fórmula de arreglo autorizada por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio vista en la página 43 de la solicitud de conciliación y anexos correspondiente a la certificación del Fomag, se tiene que la misma se enmarca dentro del precedente jurisprudencial anotado y además, se ajusta a los parámetros establecidos por este, razón por la cual se pone de presente la viabilidad conciliatoria, teniendo en cuenta los siguientes parámetros: Se reconocerá el valor de **\$8.663.826** correspondiente al 85% de 90 días de mora, sin pago de indexación alguna, teniendo como fecha de pago el mes siguiente a la aprobación judicial de la conciliación.

¹² Conforme lo establece la Sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 (4961-15) al tratarse de cesantías parciales se deberá tener en cuenta, para efectos de calcular la sanción moratoria, la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

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

Aunado a lo anterior, lo aquí conciliado no vulnera los intereses patrimoniales de la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por cuanto se dispone el pago de una acreencia laboral en cuantía del 85%, sin reconocimiento de indexación alguna. En ese orden de ideas, es posible afirmar que el acuerdo de conciliación al que llegaron la partes, cumple con los requisitos sustanciales establecidos en el artículo 1° de la Ley 640 de 2001, además que no es lesivo para los intereses patrimoniales del Estado, aprobándose por las razones antes expuestas.

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

RESUELVE:

PRIMERO: APROBAR la conciliación prejudicial celebrada el día trece (13) de julio de dos mil veinte (2020), entre el señor JORGE ELIECER POLANIA y la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, actuando ambas partes por intermedio de apoderada, en los términos contenidos en el acta y conforme lo expuesto en esta providencia.

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

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

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ORIGINAL FIRMADO
GERMAN ALFREDO JIMÉNEZ LEÓN
JUEZ



TEMA	MORA CESANTÍA DOCENTE
RADICACIÓN	73001-33-33-012-2020-00177-00
CONVOCANTE	ADRIANA MAYERLY RODRIGUEZ QUIROGA
CONVOCADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
ASUNTO	REVISIÓN DE CONCILIACIÓN

Ibagué, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

De la Procuraduría 106 Judicial I para asuntos administrativos de Ibagué, ha sido enviada para su revisión la **CONCILIACION PREJUDICIAL** llevada a cabo entre la apoderada judicial de la señora **ADRIANA MAYERLY RODRIGUEZ QUIROGA** (parte convocante) y la apoderada de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (parte convocada).

1. PRETENSIONES

PRIMERO: Declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado el 18 DE FEBRERO DE 2020, frente a la petición radicada el día 18 DE NOVIEMBRE DE 2019 mediante TOL2019ER015174, la cual niega el reconocimiento de la SANCIÓN POR MORA en el pago de las cesantías.

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

TERCERO: Que de conformidad con el artículo 187 del C.P.A.C.A, sobre el monto de la SANCIÓN POR MORA reclamada, se ordene el reconocimiento del respectivo ajuste de valor desde la fecha en que cesó la mora, es decir el 15 DE JULIO DE 2019, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.

CUARTO: En caso de no lograrse conciliación sobre las pretensiones anteriores, solicito, se declare fallida esta etapa previa y satisfecho el requisito de procedibilidad que debe cumplirse antes de procurar el acceso a la administración de justicia.” (Fl. 4 y anexos).

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

2. HECHOS RELEVANTES

“(…) **TERCERO:** Teniendo de presente estas circunstancias, mi representado(a), por laborar como docente en los servicios educativos estatales en la Secretaria del DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, le solicité al Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día **08 DE MARZO DE 2019** el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

CUARTO: Por medio de la Resolución No. **1811 DEL 03 DE ABRIL DE 2019**, le fue reconocida la cesantía solicitada.

QUINTO: Esta cesantía fue cancelada el día **15 DE JULIO DE 2019** por intermedio de entidad bancaria.

(…).

SÉPTIMO: Al observarse con detenimiento, mi representado (a) solicitó la cesantía el día **08 DE MARZO DE 2019**, siendo el plazo para cancelarlas el día **21 DE JUNIO DE 2019**, pero habiéndolo sido el día **15 DE JULIO DE 2019**, por lo que transcurrieron **24** días de mora, contados a partir del **22 DE JUNIO DE 2019**, día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles causados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta el día anterior a la fecha en que se hizo efectivo el pago de la misma, es decir el día **14 DE JULIO DE 2019**.

OCTAVO: Después de haber solicitado la cancelación de la sanción moratoria indicada, la entidad convocada, resolvió negativamente **en forma ficta la petición presentada**, situación que conlleva, de conformidad con el procedimiento administrativo a solicitarle a la entidad a llegar a acuerdos sobre las peticiones presentadas antes de incoar el medio de Control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO del mencionado acto administrativo, para cumplir con el requisito de procedibilidad (…)” (Fls. 2-3 y anexos).

3. ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia celebrada el 03 de agosto de 2020 ante la Procuraduría 216 Judicial I Administrativa de Ibagué, en donde la convocante fue la señora Diosa Castellanos García y el convocado la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se llegó al siguiente acuerdo conciliatorio¹:

“Por su parte la apoderada de la parte convocada NACION MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, manifestó a través de correo electrónico t_ymaya@fiduprevisora.com.co: (…)

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

¹ Fl. 2 del anexo No. 4.15 correspondiente al Acta de la audiencia de conciliación.

ocasión a la convocatoria a conciliar promovida por ADRIANA MAYERLY RODRIGUEZ QUIROGA con CC 65780506 en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FOMAG, cuya pretensión es el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías (CD) reconocidas mediante Resolución No. 1811 del 3/04/2019. 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: 8/03/2019 Fecha de pago: 15/07/2019 No. de días de mora: 23 Asignación básica aplicable: \$1.896.063 Valor de la mora: \$1.453.648 Propuesta de acuerdo conciliatorio: \$13.08.283 (90%) 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. Se expide en Bogotá D.C., el 13 de julio de 2020, con destino a la PROCURADURÍA 106 JUDICIAL ADMINISTRATIVA DE IBAGUE. (...)

La apoderada de la parte convocante manifestó a través de correo electrónico stefanim17@hotmail.com:

...

Una vez estudiada la propuesta de conciliación aportada por el extremo convocado, se tiene que la misma se ajusta a lo pretendido en la solicitud de conciliación, no obstante, se observa que el resultado de la propuesta de acuerdo conciliatorio esta alterado así 13.08.283, siendo lo correcto 1.308.283.

Señora procuradora la propuesta es ACEPTADA, no sin antes hacer la aclaración, que se trata de 1.308.283".

4. CONSIDERACIONES

4.1. LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

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

Ahora bien, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 2.2.4.3.1.1.2. del Decreto 1069 de 2015², las Entidades públicas y las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado, podrán conciliar total o parcialmente, por conducto de

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

apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de los medios de control previstos en los artículos 138, 140 y 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, frente a los cuales la conciliación prejudicial constituye además requisito de procedibilidad para acudir a la Jurisdicción, tal y como lo establece el artículo 161-1 de la Ley 1437 de 2011.

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

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

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

En esos términos, el órgano de cierre³ de esta Jurisdicción ha enseñado, que el Juez, para aprobar el acuerdo, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: **(i)** la representación de las partes y la capacidad de sus representantes para conciliar, **(ii)** la disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes, **(iii)** que no se hubiere configurado el fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción, y **(iv)** que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público.

En cuanto al último de los requisitos mencionados, ha dicho la Sección Tercera del Consejo de Estado que si bien la conciliación propende por la descongestión de la Administración de Justicia y por la composición del conflicto a través de una solución directa acordada por las partes, no lo es menos que todo acuerdo conciliatorio debe ser examinado por el Juez, quien para aprobarlo debe establecer que ese arreglo económico se ajuste a la ley y no resulte lesivo para el patrimonio público⁴.

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

“En éste mismo sentido, ha manifestado la Sala, que la conciliación en materia contenciosa administrativa y su posterior aprobación, deben estar respaldadas con elementos probatorios idóneos y suficientes respecto del derecho objeto de controversia, por estar en juego el patrimonio estatal y el interés público, de manera que, con el acervo probatorio

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

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

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.”.⁵

4.2. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

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

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

Este Despacho pudo constatar, que quienes celebraron el acuerdo prejudicial se encontraban legitimados procesalmente para tal efecto, pues se observa poder debidamente otorgado por la convocante al abogado Rubén Darío Giraldo Montoya (Fls. 7-8), quien a su vez substituyó poder a la abogada Stefanny Méndez Moreno para la diligencia de conciliación, tal y como se observa en el anexo 0.4. denominado poder de sustitución apoderada convocante.

Igualmente, se observa poder de sustitución otorgado por el Dr. Luis Alfredo Sanabria Ríos en calidad de apoderado de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (según Escritura Pública No. 522 del 28 de marzo de 2019 aclarada por Instrumento Público No. 1230 del 11 de septiembre de 2019) a la abogada Yaneth Patricia Maya Gómez con el fin de defender los intereses de la entidad (Fl. 49 y anexos), consagrándose así para ambas partes – convocante y convocado, en los respectivos poderes, la facultad expresa para conciliar.

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

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

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

Se tiene que en el presente asunto se pretende la declaratoria de nulidad del acto ficto o presunto, nacido a la vida jurídica como consecuencia del silencio de la entidad frente a la petición efectuada por el convocante a través de apoderado judicial el día 08 de enero de 2020 (Fl. 2).

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

Conforme lo establece el literal d) del numeral 1° del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, los actos productos del silencio administrativo podrán demandarse en cualquier tiempo, razón para tener por cumplido el presente requisito.

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

4.2.4.1. LA SANCIÓN MORATORIA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

La sanción moratoria ha sido definida por el máximo organismo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo como una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la citada Ley. Asimismo, determinó que de conformidad con la normatividad que rige la materia, se distinguen dos momentos diferentes que obedecen a situaciones distintas: uno es el momento de la liquidación del auxilio y otro el momento del pago del mismo previamente liquidado, es decir, que la indemnización moratoria se causa cuando la administración retarda el pago del auxilio de cesantías que se ha reconocido mediante un acto administrativo en firme⁶.

Cabe señalar que el Congreso de la Republica expidió la Ley 244 de 1995, por medio del cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, la cual fue modificada por la Ley 1071 de 2001, que a su vez fijo un término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías a los servidores públicos, circunscrito a quince (15) días contados a partir de la presentación de la solicitud de liquidación de dicha prestación, para expedir la resolución correspondiente⁷ y, una vez quede ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento, se tienen cuarenta y cinco (45) días para efectuar el pago, estableciendo a su vez, una sanción moratoria por el incumplimiento de éste último plazo, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo⁸.

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

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de marzo 27 de 2008, Radicación No. 20001-23-31-000-2002-00012-01(6050-05), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁷ “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...”

⁸ “ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

PARÁGRAFO. **En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos**, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, **para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo...**” (Resaltado del Despacho).

4.2.4.2. DOCENTES OFICIALES Y LAS CESANTIAS

Ahora bien, esta Instancia judicial procede a establecer si los docentes oficiales son servidores públicos o no. Al respecto, el máximo organismo de la Jurisdicción Constitucional⁹ ha expresado lo siguiente:

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

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

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

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

⁹ Sentencia SU 336 del 18 de mayo de 2017, M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

régimen salarial y prestacional sea fijado mediante decretos expedidos a partir de leyes marco”.

(...).

De ese modo, esta Corporación entendió a los docentes como asimilables a los empleados públicos.”

Tal postura, fue ratificada por el máximo organismo de Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo¹⁰, que señaló:

“(…).

79. Como tercer punto, una vez analizadas las normas que establecen el régimen jurídico de la educación en Colombia, es evidente la distribución de competencias del sector central – la Nación, a las entidades territoriales, en virtud del principio de la descentralización administrativa, y en atención a que la vinculación de los docentes se ha realizado a través de un órgano de la administración bien sea del orden nacional o departamental, todo ello con el fin de garantizar el efectivo y eficiente ejercicio del servicio público de educación que busca no solo el cumplimiento de la función pública, sino la materialización de los fines esenciales del Estado.

80. Y finalmente, en atención al régimen especial laboral de los educadores que prestan sus servicios al Estado, cuya vinculación al servicio se efectúa a través de concurso público, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como el ascenso, la permanencia y el retiro se encuentran regulados a través de la carrera administrativa prevista por el Estatuto de Profesionalización Docente contenido en el Decreto 1278 de 2002, se establece que su relación laboral es de carácter legal y reglamentaria.

81. Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

82. Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional.”

De los anteriores apartes jurisprudenciales emanados de la Honorable Corte Constitucional y del Honorable Consejo de Estado, se logra concluir por parte de esta instancia judicial que los docentes oficiales, son una categoría especial de empleados públicos, como quiera

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 18 de julio de 2018, Radicación No. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

que ellos no son vinculados a través de un contrato de laboral, sino a través de un concurso de méritos para poder ingresar a la carrera de docentes y, por consiguiente, su relación laboral es a través de una relación legal y reglamentaria.

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

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

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

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

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

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

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

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

(...).

3. Cesantías:

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

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

De la anterior normatividad, se logra concluir por parte de este Despacho que los docentes oficiales tienen dos regímenes para el pago de las cesantías, el primero, es el régimen anualizado, al cual tienen derecho los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y, el segundo, es el régimen retroactivo, al cual tienen derecho los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de enero de 1989.

En ese orden de ideas, los docentes oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria cuando el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, no ha dado cumplimiento a los términos establecidos en la Ley 1071 de 2001, conforme lo dispuesto en la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018¹¹, que expuso lo siguiente:

“193. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:

3.5.1 Unificar jurisprudencia en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 Sentar jurisprudencia **precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.**

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

195. De otro lado, también se sienta jurisprudencia precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, **los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.**

3.5.3 Sentar jurisprudencia señalando que, tratándose de cesantías definitivas, **el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.**

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 18 de julio de 2018, Radicación No. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

3.5.4 Sentar jurisprudencia, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.” (Destacado en negrilla por el Despacho).

4.2.4.3. PRUEBAS APORTADAS

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

1. Resolución No. 1811 del 03 de abril de 2019 a través de la cual la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima, reconoció a la señora Adriana Mayerly Rodríguez Quiroga el pago de cesantías definitivas por el tiempo de servicio como docente (Fls. 12-14).

2. Certificación de pago de cesantía, expedido por la FIDUPREVISORA, con la cual se le informa a la señora Adriana Mayerly Rodríguez Quiroga que los dineros correspondientes al reconocimiento del retiro definitivo de las cesantías se encontraban a su disposición a partir del 15 de julio de 2019 (Fl. 15).

3. Certificados de historia laboral de la señora Adriana Mayerly Rodríguez Quiroga, los cuales dan cuenta que la misma ostentaba la calidad de docente en vigencia del Decreto 812 de 2003, con régimen de cesantías anual (Fls. 16-24).

4. Certificado de salarios de la docente correspondiente a los años 2015 al 2018 (Fls. 25-28).

Efectuado el anterior recuento probatorio, ha de indicarse que el acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes se circunscribe al pago del monto por valor de \$1.308.283 correspondiente al 90% del valor resultante de 23 días de mora, sin reconocimiento alguno por concepto de indexación.

Se tiene entonces que la aquí convocante solicitó el **08 de marzo de 2019**, el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas por el tiempo de servicio, las cuales fueron reconocidas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Resolución No. 1811 del 03 de abril de 2019.

Ahora bien, la Ley 1071 de 2001 determina que los 45 días para realizar el pago de las cesantías, se cuentan a partir del día siguiente a aquel en que el acto administrativo quedó en firme; para el caso en concreto, se tiene que el acto por medio del cual se ordena el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de la accionante, se debió haber expedido teniendo en cuenta los 15 días hábiles legales, a más tardar el **01 de abril de 2019**; sumados los 10 días hábiles correspondientes a la ejecutoria, tendríamos el **15 de abril de 2019**, por lo cual el término de los 45 días aludidos anteriormente para el pago de las cesantías definitivas, culminaba el **21 de junio de 2019**.

De lo anterior, se logra concluir por este operador judicial que en el presente caso, la señora Adriana Mayerly Rodríguez Quiroga sí tiene derecho al reconocimiento y pago de la

sanción moratoria, como quiera que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), canceló de manera tardía sus cesantías definitivas, pues como ya fue señalado, estas debieron ser consignadas a más tardar el **21 de junio de 2019**.

En consecuencia, a partir del día siguiente, es decir el **22 de junio de 2019**, empezó a correr el término de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo hasta la fecha en que se puso a disposición el dinero a la demandante, lo cual aconteció según constancia vista a la página 15 de la solicitud de la conciliación, el **15 de julio de 2019**.

Visto el conteo realizado, la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria equivalente a **23 días** del salario devengado en el año 2018¹² por tratarse de cesantías definitivas.

Proceso	2020-00177
Fecha petición cesantías	08 marzo 2019
Respuesta (15 días)	01 abril 2019
Ejecutoria (10 días)	15 abril 2019
70 días hábiles	21 junio 2019
Mora a partir de (día anterior) Fecha de pago	22 junio 2019 14 julio 2019
Días de mora	23
Salario mensual	1.896.063
Salario diario	63.202,1
Valor de la mora	1.453.648

Revisada la fórmula de arreglo autorizada por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio vista en la página 50 de la solicitud de conciliación y anexos correspondiente a la certificación del comité Fomag, se tiene que la misma se enmarca dentro del precedente jurisprudencial anotado y además, se ajusta a los parámetros establecidos por este, razón por la cual se pone de presente la viabilidad conciliatoria, teniendo en cuenta los siguientes parámetros: Se reconocerá el valor de **\$1.308.283** correspondiente al 90% de 23 días de mora, sin pago de indexación alguna, teniendo como fecha de pago el mes siguiente a la aprobación judicial de la conciliación.

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

¹² Conforme lo establece la Sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 (4961-15) al tratarse de cesantías definitivas se deberá tener en cuenta, para efectos de calcular la sanción moratoria, la asignación básica vigente al momento en que se produjo el retiro del servicio.

Aunado a lo anterior, lo aquí conciliado no vulnera los intereses patrimoniales de la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por cuanto se dispone el pago de una acreencia laboral en cuantía del 90%, sin reconocimiento de indexación alguna. En ese orden de ideas, es posible afirmar que el acuerdo de conciliación al que llegaron la partes, cumple con los requisitos sustanciales establecidos en el artículo 1° de la Ley 640 de 2001, además que no es lesivo para los intereses patrimoniales del Estado, aprobándose por las razones antes expuestas.

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

RESUELVE:

PRIMERO: APROBAR la conciliación prejudicial celebrada el día diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020), entre la señora ADRIANA MAYERLY RODRIGUEZ QUIROGA y la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, actuando ambas partes por intermedio de apoderada, en los términos contenidos en el acta y conforme lo expuesto en esta providencia.

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

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

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ORIGINAL FIRMADO
GERMAN ALFREDO JIMÉNEZ LEÓN
JUEZ