



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL**

Sincelejo, dieciséis (16) de mayo de dos mil trece (2.013)

Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente: 70-001-23-33-000-2012-00185 -00
Actor: DONALDO FLOREZ RODRIGUEZ
Convocado: FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO "FOMVAS"
Acción: CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL
PRIMERA INSTANCIA
TEMA: CONCILIACIÓN SANCIÓN MORATORIA.

I. OBJETO A DECIDIR

Decide la sala la aprobación del acta de conciliación extrajudicial Radicada. No. 2012-2210, realizada el día veintidós (22) de noviembre de dos mil doce (2012), suscrita por el Dr. RAÚL ENRIQUE VERGARA ALVIZ; Procurador 44 Judicial II para asuntos administrativos, en la cual intervino como convocante el señor DONALDO JAVIER FLOREZ RODRÍGUEZ, a través de apoderado judicial y como convocada el doctor ALBERTO DEL CRISTO MORALES GÓMEZ, apoderado del FONDO ROTATORIO DE VALORIZACIÓN FOMVAS Sincelejo, representado por su gestor judicial.

II. ANTECEDENTES

2.1. Fundamentos de hecho.

Los convocantes, mediante solicitud de conciliación presentada en la Procuraduría 104 Judicial I ante los Juzgados Administrativos de Sucre, el día 10 de septiembre de dos mil doce (2012) y remitida posteriormente al Procurador 44 judicial II delegado ante el Tribunal Administrativo de Sucre, por ser el competente en razón de la cuantía de las

pretensiones, con el fin de demandar concretamente el acto administrativo de fecha 23 de julio de 2012 (respuesta de fallo de tutela) en la cual no se reconoce el pago de sanción moratoria generada por la no consignación de las cesantías causadas en los años 2008,2009 y 2010 antes del 15 de febrero de cada periodo exigido, el cual fue solicitado a través de derecho de petición con fecha de recibido 7 de febrero de 2012, la cuantía se estimó en la suma de \$71.693.483.oo.

El día veintidós (22) de noviembre de dos mil doce (2012) se celebró audiencia de conciliación, en la cual las partes llegaron a un acuerdo, por un valor de \$59.842.492, oo por concepto de indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías de los años 2008,2009 y 2010 del señor DONALDO JAVIER FLOREZ RODRIGUEZ, quien se desempeña como técnico administrativo del FOMVAS desde el 16 de enero de 2006.

2.2.- Las pruebas aportadas

- Poder otorgado por el señor DONALDO JAVIER FLOREZ RODRIGUEZ.¹
- Certificación laboral del convocante Sr. DONALDO JAVIER FLOREZ RODRIGUEZ, suscrita por el Profesional Especializado de la División Administrativa y Financiera FOMVAS.²
- Copia Simple de derecho de petición, suscrito por el Sr. DONALDO JAVIER FLOREZ RODRÍGUEZ al FOMVAS, en el cual solicita el pago por sanción moratoria de las cesantías al no haber sido consignadas oportunamente al fondo al cual se encuentra afiliado el actor.³
- Copia Simple de la respuesta a la solicitud antes mencionada, suscrita por el jefe de la oficina jurídica del FOMVAS.⁴
- Copia Simple del oficio remitido al fondo de pensiones Porvenir, suscrito por el jefe de la oficina jurídica del FOMVAS, en el cual solicita la fecha de afiliación y certificación de pago de las cesantías del actor⁵.
- Copia Simple del Poder, escrito de acción de tutela presentada ante el Juzgado Quinto (5) Civil Municipal de Sincelejo, y fallo de la misma, en la cual se tuteló el derecho fundamental de petición y se ordenó a la entidad demandada resolver de fondo la petición presentada por la accionante ⁶

¹ Folio 12

² Folio 13

³ Folios 14 y 15

⁴ Folios 16

⁵ Folios 17 y 18

⁶ Folios 19 a 34

- Copia Simple del Oficio calendado 23 de julio de 2012, mediante el cual se da respuesta de petición suscrita por el gerente del FOMVAS⁷.
- Certificación del fondo de pensiones y cesantías de PORVENIR.⁸
- Copia Simple de un auto aprobatorio de conciliación extrajudicial emanado del Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en la que se pretendió hechos similares al caso en estudio⁹.
- Copia de la solicitud de conciliación extrajudicial, recibida por la entidad convocada, el doce (12) de septiembre de dos mil doce (2012).¹⁰
- Acta de audiencia de conciliación extrajudicial, improbada por el Ministerio Público.¹¹
- Poder otorgado por el representante legal del Fondo Rotatorio de Valorización Municipal de Sincelejo- FOMVAS Dr. JUAN CAMILIO CORENA ARRÁZOLA al Dr. ALBERTO MORALES GÓMEZ¹².
- Copia Simple del acta de posesión, así como el Decreto 089 del 16 de enero de 2012 por medio del cual se nombra al Dr. JUAN CAMILIO CORENA ARRÁZOLA como representante legal, y cedula del mismo¹³.
- Constancia del Comité de Conciliación del Fondo Rotatorio Municipal de Valorización de Sincelejo¹⁴, del que se lee:

“EL COMITÉ DE CONCILIACIÓN PROPONE: en cuanto a la tasación de la sanción moratoria del apoderado del convocante, la oficina jurídica del FOMVAS considera que es aceptada, sin embargo, no existe una propuesta por parte del citante para llegar a un acuerdo conciliatorio, por lo que la entidad propone como formula de arreglo: condonar a favor de la entidad, la suma de cinco millones doscientos un mil ochocientos veintiséis pesos M/L (\$5.201.826.00), correspondiente a la indexación de la sanción moratoria; así mismo dispuso de condonada la indexación, rebajar un diez por ciento (10%) de la suma total de la sanción moratoria, lo cual se explica de la siguiente forma:

⁷ Folios 35

⁸ Folios 36 y 37

⁹ Folios 38 a 47

¹⁰ Folios 48 a 57

¹¹ Folios 66 a 68

¹² Folios 69

¹³ Folios 70 a 72

¹⁴ Folios 73 a 77

Expediente: 70 001 23 33 000 2012 00185 00
Convocante: DONALDO FLOREZ RODRIGUEZ
Convocado: FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO FONVAS
Acción: CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL –PRIMERA INSTANCIA

GRAN TOTAL SANCIÓN MORATORIA AÑOS 2008, 2009, 2010:
\$71.693.483.00, incluida la indexación.

\$71.693.483.00-5.201.826.00 (indexación) = \$66.491.657.00

Sancción moratoria sin indexación: \$66.491.657.00

Propuesta: \$66.491.657.00-10%=\$59.842.492, 00, los cuales serian pagaderos en dos (02) cuotas iguales del cincuenta por ciento (50%) cada una. La primera cuota, correspondiente al primer cincuenta por ciento (50%), se pagaría en el mes de marzo de 2013, siempre y cuando se encuentre ejecutoriado el auto que apruebe el acuerdo conciliatorio por parte del juzgado de conocimiento, por valor de veintinueve millones novecientos veintiún mil doscientos cuarenta y seis pesos M/L (\$29.921.246, 00), el otro cincuenta por ciento restante, equivale al mismo valor antes citado, se pagará dentro del año siguiente al primer pago.

Conclusión: el comité evaluador de conciliaciones y defensa judicial del FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO-FOMVAS, decide acceder a conciliar la solicitud de conciliación convocada por el señor DONALDO JAVIER FLOREZ RODRIGUEZ, siempre y cuando este último acepte la propuesta planteada por la entidad convocada, toda vez que dentro de la solicitud de conciliación hecha por el convocante no hay propuesta de arreglo por parte de este.”

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La presente conciliación extrajudicial fue presentada inicialmente en la Procuraduría 104 Judicial I ante los Juzgados Administrativos de Sucre, avocando el conocimiento el veintisiete (27) de septiembre de 2012, fijándose como fecha para la celebración de la audiencia de conciliación el 22 de noviembre de 2012, a las 2 y 30 de la tarde; mediante auto de 24 de octubre de 2012 se ordenó disponer remitir la solicitud de conciliación extrajudicial a la Procuraduría 44 Judicial Administrativo Delegado ante el Tribunal de Sincelejo, por carecer de competencia; el día 22 de noviembre de 2012 se celebró la audiencia de conciliación extrajudicial, en la cual las partes llegaron a un acuerdo conciliatorio, por su parte el Ministerio Público improbo dicha conciliación, ordenando su remisión al H. Tribunal Administrativo, por reparto fue remitido al juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, quien después de hacer el estudio de la conciliación presentada, consideró que no era el competente para conocer del asunto en razón a la cuantía mediante auto de 4 de diciembre de 2012, notificado el día 5 del mismo mes y año; en el juzgado de conocimiento, el 5 de diciembre de 2012, se recibió memorial suscrito por el representante judicial del demandante quien anexó la documentación motivo de la improbación de la

conciliación (FL. 82 a 89), enviado el proceso a la oficina judicial, para que fuese repartido ante los Magistrados del Tribunal Administrativo de Sucre con funciones de oralidad, correspondiéndole el conocimiento a el este despacho, quien avocó conocimiento, por auto de 28 de febrero del cursante año dispuso requerir al fondo de pensiones porvenir para que certificará la afiliación del demandante, recibiendo por parte del fondo de pensiones PORVENIR memorial en la cual relaciona los movimientos de cuenta de las cesantías del convocante, y no dando contestación a lo solicitado, por lo cual se ordenó nuevamente requerirle mediante auto calendado 5 de abril del cursante año, y recibiendo respuesta por parte de la Sociedad administradora de fondos de pensiones PORVENIR el día 17 de abril de 2013 .

IV. CONSIDERACIONES

4.1 Procedencia de la actuación

A partir de la vigencia de la Ley 23 de 1991 se permitió en nuestro País que las entidades públicas pudieran acudir a la conciliación prejudicial o judicial, sujeta a la previa homologación del juez administrativo, como una forma de solución alternativa de conflictos. La conciliación es un negocio jurídico en el que las partes terminan extrajudicial o judicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

De conformidad con el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, las personas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, pueden conciliar total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, hoy en día denominados medios de control previstos en los artículos 138, 140 y 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Al hacer referencia a materias administrativas contenciosas para las cuales la ley autoriza el uso de este mecanismo, dado el compromiso del patrimonio público que les es inherente, la ley establece exigencias especiales que debe tomar en cuenta el juez a la hora de decidir sobre su aprobación.

De manera reiterada el Consejo de Estado ha señalado que el acuerdo conciliatorio prejudicial se somete a los siguientes supuestos de aprobación:

- a. La debida representación de las personas que concilian.
- b. La capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar.
- c. La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes.
- d. Que no haya operado la caducidad de la acción.

- e. Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.
- f. Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público.

Entre dichas exigencias, la Ley 446 de 1998, en el último inciso del Art. 73, prescribe que el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en “*las pruebas necesarias*” que permitan deducir una alta probabilidad de condena contra el Estado en el evento de que el interesado decidiese ejercitar las acciones pertinentes, de modo tal que lo acordado no resulte lesivo del patrimonio público o violatorio de la ley.

4.2.1 REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES Y SU CAPACIDAD PARA CONCILIAR.

a) La autoridad ante la cual se celebró la audiencia de conciliación, fue la Procuraduría No. 44 Judicial II, para asuntos administrativos, habilitada por la Ley para conocer y tramitar esta clase de audiencias cuando se trate de asuntos que puedan demandarse ante esta jurisdicción.

b) **PARTE CONVOCANTE.** La solicitud de conciliación fue presentada por el señor DONALDO FLOREZ RODRIGUEZ, identificado con cedula de ciudadanía 92.529.490 de Sincelejo, a través de apoderado judicial.

c) **PARTE CONVOCADA:** Fondo Rotatorio Municipal de Valorización de Sincelejo FOMVAS¹⁵, el cual compareció a estas actuaciones, bajo la representación del Gerente de la entidad, señor JUAN CAMILO CORENA ARRÁZOLA, identificado con la cédula de ciudadanía número 72.247.822, quien actúa a través de apoderado judicial.

Respecto de la prueba de la existencia el artículo 166 del CPACA, numeral 4 consagra, los anexos de la demanda.

“La prueba de la existencia y representación en el caso de las personas jurídicas de derecho privado. Cuando se trate de personas de derecho público que intervengan en el proceso, la prueba de su existencia y representación, salvo en relación con la Nación, los departamentos y los municipios y las demás entidades creadas por la Constitución y la ley”.

En el sub examine, la entidad pública, es una unidad administrativa especial que fue creada por el acuerdo municipal N° 45 de diciembre 6 de 1995, información que se tomó del Decreto 0538 de diciembre 29 de 2009¹⁶, por el cual se reestructura

¹⁵ Unidad Administrativa Especial creada por el acuerdo municipal N° 45 de diciembre 6 de 1995.

¹⁶ Ver página web www.sincelejo-sucre.gov.co, con valor probatorio según lo dispone el artículo 166, núm. 1 inc. 2

administrativamente, en donde lo define, como un ente descentralizado del orden municipal con todas las características del mismo.

Con relación a la prueba de la representación cuando una persona jurídica se hace parte en un proceso como demandado o demandante, el artículo 159 del C.P.A.C.A inc. I establece:

“Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados”.

En este caso en estudio, el Fondo Rotatorio Municipal de Valorización de Sincelejo FOMVAS¹⁷, el cual compareció a estas actuaciones, bajo la representación del gerente de la entidad, porque según el artículo 82 de la Ley 489 de 1998, las unidades administrativas especiales con personería jurídica, se rigen por las normas de los establecimientos públicos y el artículo 78 de la misma norma le da al gerente la condición de representante legal de la entidad; además el artículo 11 del Decreto 0538 de 2009 por el cual se restructuro al FOMVAS, entre sus facultades puede designar mandatarios que representan al Fondo en asuntos judiciales y extrajudiciales.

En el caso sub-lite, se tiene que el Fondo Rotatorio Municipal de Valorización de Sincelejo FOMVAS, acudió al trámite de conciliación extrajudicial por conducto de apoderado, mediante poder conferido por el doctor JUAN CAMILO CORENA ARRAZOLA, en su calidad de Representante Legal del Fondo Rotatorio de Valorización Municipal de Sincelejo-FOMVAS, para actuar en dicha diligencia como obra a folio 69 del expediente. Así mismo, fue allegada copia del acta de posesión N° 1857 del 17 de enero de 2012, y del Decreto N° 0891 del 16 de enero de 2012, por el cual se le nombra como Gerente del Fondo Rotatorio Municipal de Valorización de Sincelejo “FOMVAS”, igualmente la cedula de ciudadanía del mismo (fls. 70-72), cumpliendo de esta manera con las formalidades exigidas para este tipo de asuntos.

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

Este presupuesto se cumple con las pruebas que demostraron la legitimación del demandante y con el acta de comité de conciliación N° 005, en la cual dan una propuesta de la forma y fechas de pago de dicha sanción, obrantes a folios 75 a 77; cumpliéndose con los requisitos del inciso 2 del artículo 16 del decreto 1716 de 2009.

¹⁷ Unidad Administrativa Especial creada por el acuerdo municipal N° 45 de diciembre 6 de 1995.

4.2.3 QUE NO HAYA OPERADO LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.

Con relación a este supuesto, el H. Consejo de Estado se ha pronunciado de la siguiente forma:

“(…)
En relación con las conciliaciones prejudiciales, la caducidad se determina de conformidad con la acción que procedería ante la Jurisdicción Contencioso ¹⁸

(…)”

En el caso que nos ocupa, el convocante demanda concretamente el acto administrativo de fecha 23 de julio de 2012 (respuesta de fallo de tutela) en donde no se reconoce el pago de la sanción moratoria generada por la no consignación de las cesantías causadas en los años 2008, 2009 y 2010 antes del 15 de febrero de cada periodo exigido, y que fue solicitado a través de derecho de petición recibido por la entidad el 7 de febrero de 2012. La solicitud de conciliación extrajudicial se presentó ante la Procuraduría el día 10 de septiembre de 2012, por lo que el término de caducidad del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho no se encuentra vencido.

4.2.4 QUE EL ACUERDO CONCILIATORIO CUENTE CON LAS PRUEBAS NECESARIAS.

Al respecto, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido:

*“Entre dichas exigencias, la Ley 446 de 1998, en el último inciso del art. 73, prescribe que el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en ‘las pruebas necesarias’ que permitan deducir una alta probabilidad de condena contra el Estado - en el evento de que el interesado decidiese ejercitar las acciones pertinentes-, de modo tal que lo acordado no resulte lesivo del patrimonio público o violatorio de la ley (...)”*¹⁹.

Siguiendo con la línea jurisprudencial de esta Corporación encontramos que:

“(…)”

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 25 de Noviembre de 2009. Expediente: 36.544. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de marzo de 2000. Expediente: 16.116. C.P. Alier Eduardo Hernández.

Respecto de este requisito, esta Sección del Consejo de Estado, de manera general y reiterada, ha sostenido 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 al patrimonio público.

(...)

En tales condiciones, la aprobación del acuerdo conciliatorio depende de la fortaleza probatoria que lo sustenta, dado que el juez, además de llegar a la convicción de su fundamentación jurídica, debe verificar que no resulte lesivo del patrimonio público, pues según los dictados del artículo 65 A de la Ley 23 de 1991 -adicionado por el 73 de la Ley 446 de 1998-, el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en las pruebas necesarias, esto es contar con el debido sustento probatorio.

(...)²⁰

Ahora bien, para determinar si en el *sub-judice* se cumple lo pertinente a este presupuesto, el Tribunal estudiará el acervo probatorio obrante en el expediente, el cual fue relacionado en el acápite de pruebas, las cuales respaldan lo reconocido patrimonialmente en la audiencia de conciliación; no sin antes precisar que el Ministerio Público no avaló dicho acuerdo suscrito por las partes, al considerar que las pruebas aportadas fueron presentadas en copias simples, por tanto, solicitó la improbación de dicho acuerdo en sede judicial, sus razones son las siguientes: el acto administrativo demandado fue aportado en copia simple; así como también por no existir claridad por parte de la administradora de fondos de pensiones y cesantías – PORVENIR, en la fecha en la cual le fueron consignadas las cesantías al actor en dicho fondo; además por que el documento con que se interrumpe la prescripción, fue presentado en copias simples y aparece el recibido donde solo se expresa fecha y hora pero no el funcionario responsable de su recepción.

Por otra parte, a folio 82 del expediente, reposa memorial suscrito por el apoderado del convocante, al Juzgado Séptimo Oral Administrativo de Sincelejo, Juzgado al cual le correspondió inicialmente el conocimiento del proceso, anexando las copias auténticas de los documentos por los cuales el Ministerio Público no avaló dicha conciliación.

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 25 de Noviembre de 2009. Expediente: 36.544. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Por lo antes expuesto, esta célula judicial entra al estudio de la presente conciliación extrajudicial y efectúa el control de legalidad establecido en el Decreto 1716 de 2009.

- ✓ Copia del acto administrativo calendado 23 de julio de 2012, por medio del cual se niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.
- ✓ Derecho de petición en el cual se solicita pago por sanción moratoria de cesantías por no haberlas consignado oportunamente al fondo en el que se encontraba afiliado el actor.
- ✓ Certificados de orden de pagos al fondo de pensiones y cesantías PORVENIR N° 11289 calendado 08 de junio de 2011, expedido por FOMVAS.
- ✓ Comprobante de egreso N° 11542 en el cual se reconoce y paga al fondo de pensiones y cesantías porvenir a los funcionarios de FOMVAS.
- ✓ Resolución N°746 por medio de la cual reconocen y pagan fondo de pensiones y cesantías porvenir a los funcionarios de FOMVAS.

Todo lo anterior se constituye en una reclamación por no reconocerse, ni pagado la sanción moratoria a que tiene derecho el actor, generada por la no consignación oportuna de las cesantías causadas en los años 2008, 2009 y 2010 antes del 15 de febrero de cada periodo exigido al fondo de pensiones y cesantías en el que se encontraba afiliado, por parte del FOMVAS.

4.2.5 QUE EL ACUERDO CONCILIATORIO NO SEA VIOLATORIO DE LA LEY O NO RESULTE LESIVO PARA EL PATRIMONIO PÚBLICO (artículo 65 A de la Ley 23 de 1991 y artículo 73 y 81 de la Ley 446 de 1998).

4.2.5.1- La audiencia de conciliación prejudicial

Por auto de 27 de septiembre de 2012, el señor Procurador 104 Judicial I ante los juzgados Administrativos de Sucre admitió la solicitud de conciliación y señaló como fecha para la audiencia el 22 de noviembre de 2012; por auto de 24 de octubre de 2012, el señor Procurador 104 Judicial I ante los juzgados Administrativos de Sucre, remite la solicitud al Procurador 44 Judicial Administrativo Delegado ante el Tribunal Administrativo de Sucre, por carecer de competencia para conocer de la misma, de la que se lee:

1. "LAS PARTES: Comparece a la diligencia el doctor DORIAN DAVID DIAZ BORBOZA, en calidad de

apoderado del señor DONALDO JAVIER FLOREZ RODRIGUEZ; el doctor ALBERTO DEL CRISTO MORALES GÓMEZ, en calidad de apoderado especial del FOMVAS Sincelejo.

2. HECHOS Y PRETENSIONES: Mediante solicitud presentada inicialmente en la Procuraduría 104 judicial I Administrativo- Doctor GUILLERMO HERNÁNDEZ CARRIAZO, el día 10 de Septiembre de 2012, luego remitida por ésta a la Procuraduría 44 Judicial II ante el Tribunal Administrativo Judicial de Sucre, en razón de la competencia por cuantía de las pretensiones, por auto calendaro 24 de octubre de 2012, pretenden que las convocadas demandan concretamente el acto administrativo de fecha 23 de julio de 2012 (respuesta de fallo de tutela), en el cual no se reconoce el pago de sanción moratoria generada por la no consignación de las cesantías causadas en los años 2008,2009 y 2010 antes del 15 de febrero de cada periodo exigido, y que fue solicitado a través de derecho de petición con fecha de recibido 7 de febrero de 2012, la cuantía se estimó en la suma de \$71.693.483.oo.
3. DECISIÓN DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN-DEL FONDO ROTATORIO DE VALORIZACIÓN FOMVAS: Se le concede el uso de la palabra al apoderado de la convocada, quien manifestó: Como quiera que el convocante se encuentra en término para ejercer la acción de Nulidad y Restablecimiento del derecho, en cuanto al acto administrativo de fecha 23 de julio de 2012, el cual inicialmente le niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, y que efectivamente le asiste el derecho al convocante de reclamar la sanción moratoria establecida en el numeral 3° en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías y en aras de evitarle un daño antijurídico y un posible detrimento patrimonial a la entidad, el Comité de Conciliación del FOMVAS decide acceder a un acuerdo conciliatorio con el convocante en los siguientes términos: que se condone a la entidad la suma que por indexación se estableció dentro de la solicitud realizada por el citante, así mismo se realice una rebaja del (10%) sobre el saldo, cuya propuesta se resume así: **propuesta:** $\$66.491.657.00 - 10\% = \$59.842.492,00$, los cuales serían pagaderos en dos(02) cuotas iguales del cincuenta por ciento (50%) cada una. La primera cuota del cincuenta por ciento (50%), se pagaría en el mes de marzo de

Expediente: 70 001 23 33 000 2012 00185 00
Convocante: DONALDO FLOREZ RODRIGUEZ
Convocado: FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO FONVAS
Acción: CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL –PRIMERA INSTANCIA

2013, por valor de veintinueve millones novecientos veintiún mil doscientos cuarenta y seis pesos M/L (\$29.921.246, 00), siempre y cuando se encuentre ejecutoriado el auto que apruebe el acuerdo conciliatorio por parte del juzgado de conocimiento, el otro cincuenta (50%) por ciento restante, equivale al mismo valor antes citado, pagaderos dentro del año siguiente al primer pago. Me comprometo a presentar el acta del Comité de Conciliación del FOMVAS en el día de mañana 23 de noviembre de 2012.

DECISIÓN DEL CONVOCANTE: se le concede el uso de la palabra al apoderado del convocante, para que se pronuncie sobre la propuesta realizada por el FOMVAS, quien manifiesta: De acuerdo a las conversaciones previas sostenidas con mi poderdante, y en reuniones previas sostenidas con el jefe de la oficina jurídica de la entidad convocada, el señor DONALDO JAVIER FLOREZ RODRÍGUEZ, estuvo de acuerdo con la propuesta hecha por el FOMVAS, por lo tanto coadyuva el presente acuerdo.

CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Por su parte, el Ministerio Público no avalo el acuerdo conciliatorio de las partes, solicitando su improbación en sede judicial, por las siguientes razones:

Primero: porque no aparece claro por parte de la Administradora del fondo de pensiones y cesantías Porvenir cuando se le consignó las cesantías al actor.

Segundo: el documento con que se interrumpe el termino de prescripción, fue presentado en fotocopias simples y aparece un recibido donde solo se expresa la fecha y hora pero no aparece el funcionario responsable de su recepción.

Tercero: los documentos por los cuales se expresó la entidad convocada FOMVAS y que son los actos a demandar se presentaron en copias simples”.

Una vez señalados los supuestos que han de tenerse en cuenta para la aprobación de toda conciliación prejudicial, descenderá la Corporación al estudio de los mismos y de las pruebas que acompañan el expediente, en conjunto con las normas jurisprudenciales aplicables, para ver si se cumplen los mismos.

4.2.5.2 Que el acuerdo no sea violatorio de la ley

Se observa en la presente solicitud de conciliación extrajudicial, que lo solicitado por el convocante es el pago de la sanción moratoria generada por la no consignación de las

cesantías causadas en los años 2008,2009 y 2010 antes del 15 de febrero de cada período exigido, la misma fue solicitado a través de derecho de petición con fecha de recibido 7 de febrero de 2012, la cuantía se estimó en la suma de \$71.693.483.oo.

Esta Corporación se ha pronunciado con respecto a este tema en sentencia de N Y R 2004-00315-01, ADALGIZA AVILA AGUILERA VS. MUNICIPIO DE SANPEDRO, con ponencia de este Magistrado la cual establece:

La regulación de la sanción moratoria por la omisión de consignar anualmente en un Fondo Privado las cesantías del empleado.

La sanción moratoria por falta de consignación del auxilio de cesantías de los servidores en los fondos privados, está consagrada en la siguiente normatividad:

- ***La Ley 50 de 1.990.***

En el Artículo 99 de la Ley 50 de 1.990, se establece que:

“El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo”.

- ***La Ley 344 de 1.996.***

El artículo 13 de la Ley 344 de 1.996, determina:

“Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1.989, a partir de la publicación de la presente ley, las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

"a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral.

b) Les serán aplicables las normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo".

"El Gobierno Nacional podrá establecer programas de incentivos con la finalidad de propiciar que los servidores públicos que en el momento de la publicación de la presente ley tengan régimen de cesantías con retroactividad, se acojan a lo dispuesto en el presente artículo".

- **El Decreto Reglamentario 1582 de 1.998.**

El Artículo 1° del Decreto 1582 de 1.998, reglamentario de la Ley 344 de 1.996, preceptúa:

"El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1.996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1.990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional del Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1.998".

Igualmente el H. Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo Sección segunda subsección "b", C.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, RAD. 2008-00394-01(1521-09) de AMINTA ELENA GALVIS BALDOVINO Vs DISTRITO DE BARRANQUILLA - PERSONERIA DISTRITAL, se pronunció con respecto al tema:

Estableció como características de dicho régimen, que a 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer una liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, ordenar que dicho valor se consigne antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija.

*Por otro lado, el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 previó como sanción moratoria un día de salario por cada día de retardo, pero en el evento en que el empleador no consigne **la cesantía definitiva por la anualidad o fracción correspondiente** antes del 15 de febrero del año siguiente en el fondo que el trabajador eligió.*

En aras de mayor claridad frente al tema en relación a la sanción por falta de pago de las cesantías y por la no consignación de las mismas, es importante esclarecer que existe diferencia entre la indemnización derivada de la falta de consignación antes del 15 de febrero en un fondo, por la cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre, con la que surge frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, ya que una vez que se presenta este hecho, esto es, cuando el trabajador se retira del servicio por cualquier causa y la administración no consigna oportunamente la cesantía que

adeuda, deberá cancelar a título de indemnización la sanción prevista en la Ley 244 de 1995.

Así las cosas, a pesar de la naturaleza sancionatoria de una y otra indemnización, las situaciones que gobiernan son distintas, la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada, y la segunda, la prevista en la Ley 244 de 1995 se genera por el no pago de la cesantía al momento del retiro del servicio. Es decir, que la segunda de las sanciones será pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho.

Ahora bien, la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995.

La demandante se vinculó con la administración distrital el 2 de enero de 2004 (Fl. 14), el régimen de cesantías que le era aplicable era el anualizado, que le ordenaba a la entidad consignar anualmente el valor de las cesantías en el fondo privado que el trabajador voluntariamente escogiera, o en su defecto, en el que la administración elija, porque la no manifestación del servidor sobre el fondo en el que quiere le sea consignado el valor de las cesantías, no exime a la administración de cumplir con la obligación de consignación dentro del plazo legal fijado²¹, obligación que como se demuestra en el expediente, no cumplió la entidad. (Subrayado por fuera del texto)

Del sub examine se colige, que es obligación del empleador en este caso del FOMVAS, consignar las cesantías de sus empleados antes del 15 de febrero del año inmediatamente siguiente al laborado, por expresa disposición legal, por tal motivo, no se exime de dicha responsabilidad porque sus trabajadores no le comuniquen el fondo en que se encuentren afiliados o quieran ser afiliado, como lo expuso la jurisprudencia en cita.

4.2.5.3 Que el acuerdo no sea lesivo para el patrimonio público.

La Sala observa que se encuentra dado el presupuesto antes mencionado, es decir de no ser lesivo al patrimonio público ni violatorio de la ley, porque el ofrecimiento realizado por el Comité de conciliación N° 005 de la oficina administrativa y financiera

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, M.P. Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del 21 de mayo de 2009. Radicación número: (2070-07). Actor: WILLIAM ARANGO PEREZ.

del Fondo Rotatorio Municipal de Valorización de Sincelejo al demandante y aceptado por este, se ajusta a lo establecido en la jurisprudencia, teniendo en cuenta que de proferirse sentencia la condena podría ser mayor.

En cuanto a la sanción moratoria, el medio de control efectivamente a precaver es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, tal y como lo afirmó el actor en su solicitud de conciliación, en razón de que el origen de la suma adeudada es una acreencia laboral, y en la cual se debe agotar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en el caso concreto, lo pretendido es susceptible de conciliación, por ser una sanción a la administración por el incumplimiento o retardo en el pago de las cesantías al trabajador.

En cuanto a la prescripción esta colegiatura, observa que no ha operado toda vez, el periodo más antiguo reclamado es el 2008, el cual debió consignarse al fondo donde se encontraba afiliado el trabajador el 15 de febrero de 2009, y el empleado podía hacer exigible su derecho hasta el 15 de febrero de 2012; en el caso concreto, el Sr. DONALDO JAVIER FLÓREZ RODRÍGUEZ, presentó dicha solicitud el día 07 de febrero de 2012, quiere decir lo anterior que lo realizó en tiempo, por consiguiente no se encuentran prescritas y tiene derecho a que le sean reconocidas y consignada la sanción moratoria.

- **DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL**

Con relación al otro requisito necesario para la ejecución del presente acuerdo conciliatorio, se regulará por lo normado en los artículos 192 y 195 del Código procesal administrativo y de lo Contencioso Administrativo y demás normas concordantes o pertinentes, y el parágrafo único del artículo 16 del decreto 1716 de 2009. El acuerdo de las partes se somete a las normas antes mencionadas lo cual se ajusta a la normatividad vigente.

V. CONCLUSIONES

Esta Sala aprobará dicho acuerdo conciliatorio, por las siguientes razones:

Se encuentra probado que el empleador incumplió su obligación de consignar las cesantías antes del 15 de febrero, como se expuso anteriormente, Por tanto, resulta viable la sanción por mora que reclama el convocante sustentada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, correspondiente a las cesantías causadas en los años 2008, 2009 y 2010, dado que no se consignaron antes del 15 de febrero de los años 2009, 2010 y

2011, consignándose en el fondo de pensiones porvenir hasta el 20 de junio de 2011 por parte del FOMVAS²².

Por lo anterior, el FOMVA debe cancelar al convocante un día de salario por cada día de retardo contabilizados desde el 16 de febrero de 2009, para el periodo de 2008; el 16 febrero 2010 para el periodo de 2009; y el 16 de febrero de 2011 para el periodo de 2010, a título de sanción por la no consignación oportuna, hasta el día en que se efectuó la consignación por dichos periodos, ello fue el 20 de junio de 2011.

LIQUIDACIÓN

Año 2008

Del 16/02/2009 hasta el 20/06/2011

| | |
|------------------------------------------------------------|------------------------------------|
| 1) Salario devengado en el año 2008: \$1.337.162,00 | |
| Total días: 845 | |
| 1.337.162,00/30: \$44.572,07 | |
| 845x44.572,07: \$37.663.396,33 | |
| Total: \$37.663.396,33 | |
| Indexación: | |
| Fórmula aplicada | |
| RA= VH $\frac{\text{índice inicial}}{\text{Índice final}}$ | \$37.663.396,33 x 11.72 (Nov 2012) |
| | 107.90 (Jun 2011) |
| Total: \$38.996.799,24 | |
| 2) Salario devengado en el año 2009: \$1.439.722,00 | |
| Total días: 485 | |
| 1.439.722,00/30:\$47.990,73 | |
| 485x47.572.07: \$23.275.505,67 | |
| Total: \$23.275.505,67 | |
| Indexación: | |
| Fórmula aplicada | |
| RA= VH $\frac{\text{índice inicial}}{\text{Índice final}}$ | \$23.275.505,67 x 11.72 (Nov 2012) |
| | 107.90 (Jun 2011) |
| Total: \$24.302.238,25 | |

²² A folio 102 del expediente, certificación expedida por el fondo de pensiones y cesantías PORVENIR.

3) Salario devengado en el año 2010: \$1.468.516,00

Total días: 125

1.468.516,00/30: \$48.950,53

125x48.950, 53: \$6.118.816

Total: \$6.118.816,67

Indexación:

Fórmula aplicada

RA= VH $\frac{\text{índice inicial}}{\text{Índice final}}$ \$ 6.118.816,67 x 11.72 (Nov 2012)
 107.90 (Jun 2011)

Total: \$6.335.442,05

Total indexado: **\$69.634.479,55**

Total sin indexar: 67.057.718,67

Diferencia: \$2.576.760,88

Así las cosas, al haberse cumplido con todos los requisitos exigidos por la ley y haber sido subsanado todos los yerros que dieron lugar a la improbación de la misma por parte del Agente del Ministerio Público, se aprobará como se dijo la presente conciliación extrajudicial, toda vez que las partes de mutuo acuerdo decidieron realizar una rebaja del 10% sobre el valor adeudado(\$7.215.226,67), así como la indexación de la misma (\$2.576.760,88), tal como quedó demostrado en la liquidación realizada por esta Sala, es decir, que el monto que descontaron corresponde a \$9.791.987.55, por ende no resulta lesivo al patrimonio público del Estado, ya que esta figura se presentaría cuando no tendría el derecho el convocante, que si lo tiene como se vio, ó cuando se conciliara por un valor mayor a \$69.634.479,55, que es la suma debida por la entidad convocada debidamente indexada, tal como lo establece la jurisprudencia antes citada. Como quiera que no se esté en presencia de estos dos hechos, no existe lesión alguna.

En esta orden de ideas, esta Corporación aprobara el acuerdo conciliatorio, realizado por los señores DONALDO FLÓREZ RODRÍGUEZ Y EL FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO "FOMVAS", mediante acta calendada 22 noviembre de 2012, por un valor de \$59.842.492,00, pagaderos en dos cuotas iguales del cincuenta por ciento cada una, suscrita ante la Procuraduría 44 Judicial II Administrativo .

Por lo expuesto se,

Expediente: 70 001 23 33 000 2012 00185 00
Convocante: DONALDO FLOREZ RODRIGUEZ
Convocado: FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO FONVAS
Acción: CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL –PRIMERA INSTANCIA

DISPONE:

PRIMERO. APROBAR EL ARREGLO CONCILIATORIO EXTRAJUDICIAL, en el que consta que el FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO FOMVAS le pagará al señor DONALDO FLÓREZ RODRÍGUEZ, la suma de CINCUENTA Y NUEVE MILLONES, OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL, CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS MCTE (\$59.842.492,00), pagaderos en dos cuotas (02) iguales, del cincuenta por ciento cada una (%50), la primera cuota del cincuenta por ciento (%50) por valor de veintinueve millones novecientos veintiún mil doscientos cuarenta y seis pesos M/L (\$29.921.246,00) se pagara una vez ejecutoriado este acuerdo, el otro cincuenta por ciento (%50) restante, equivalente al mismo valor antes citado, se pagará dentro del año siguiente al primer pago.

SEGUNDO: La presente conciliación hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala en sesión de la fecha según consta en Acta No. 050.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MOISÉS RODRÍGUEZ PERÉZ

Magistrado

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Magistrado

CÉSAR E. GÓMEZ CÁRDENAS

Magistrado