

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 246

Manizales, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 1701013333-004-2016-00191-02
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho
Accionante: Hernando Antonio Hernández Jaramillo
Accionados: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag y Departamento de Caldas

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia, mediante la cual se negaron sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. Demanda'

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad del Oficio 1127/15 UJ SED del 23 de diciembre de 2015, por medio del cual se negó el derecho a la revisión y reliquidación del retroactivo por homologación y nivelación salarial, cancelado hasta el 15 de mayo de 2013, así como el ajuste de la indexación del periodo comprendido entre el 14 de abril de 2005 al 31 de diciembre de 2009.

Que a título de restablecimiento del derecho, se declare que la parte demandante tiene derecho a que las accionadas le revisen y paguen la reliquidación y ajuste de los conceptos (sueldos, prima técnica, prima antigüedad, bonificación servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación especial, recreación, sueldo vacacional, prima de navidad, cesantías e indexación) que por homologación y nivelación salarial no le fueron reconocidos y pagados correctamente.

Se ordene a la Secretaría de Educación de Caldas a revisar, corregir y o ajustar los certificados de factores salariales que dan cuenta los valores sin homologar y homologados con base en la última tabla de homologación aprobada por el Ministerio de Educación en el proceso de homologación y nivelación salarial, para de esta forma calcular con precisión las diferencias por retroactivo a cancelar y por consiguiente la base de indexación.

Ordenar a las demandadas usar en la fórmula de indexación, la última tabla emitida por la Superintendencia Financiera que corresponde a la base "100 años 2008"; a aplicar correctamente la fórmula de indexación teniendo en cuenta el índice final, debe calcularse con base al IPC del mes inmediatamente anterior a la fecha efectiva de pago, es decir, al 31 de abril de 2013 en consideración a que la fecha de pago se surtió el 15 de mayo de 2013; así como al pago de los intereses moratorios por el saldo insoluto pendiente por reconocer y pagar desde la fecha de pago y en adelante hasta que se cancele el saldo adeudado.

1.2. Hechos

Manifiesta en síntesis que, el demandante prestó sus servicios al Estado en la Secretaría de Educación de Caldas, en calidad de auxiliar servicios generales. en virtud del Decreto 0399 del 20 de abril de 2007 homologó y niveló los cargos administrativos del personal pertenecientes a la planta de cargos del Departamento, el cual fue modificado por el Decreto 337 de 2010.

Que mediante Resolución 1826-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución 4541-6 del 04 de julio de 2013, la Secretaría de Educación del Departamento reconoció y ordenó cancelar a favor del demandante, un retroactivo por concepto de homologación y nivelación salarial, indicando en forma expresa la fecha de constitución de la obligación, esto es, desde el 10 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2009, ya que el Decreto 021 por medio del cual se transfirió al personal administrativo data del 10 de febrero de 1997 y a partir de 2010 incorporó al personal por homologación y nivel salarial a la planta administrativa del ente territorial, entidad que canceló la vigencia de 2010 y a partir del 1 de enero de 2011 incorporó al personal mediante el Decreto 0337 del 2 de diciembre de 2010.

Que el departamento de Caldas, mediante Oficio 1127 /15 UJ SED del 23 de diciembre de 2015, negó el derecho reclamado.

1.3. Fundamento jurídico

Estima violados los artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 72, 93, 123, 209, 350 de la Constitución Política; 187 y 192 del CPACA, artículo 178 del Decreto 01 de 0984, Ley 43 de 1975, Ley 60 de 1993, Ley 715 de 2001, artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Señaló que, la homologación es un procedimiento que mediante la comparación de funciones y requisitos de un empleo existente en la planta de personal procura encontrar un equivalente a este en la planta de personal receptora de desempleo como resultado del proceso de descentralización del servicio educativo.

Que el argumento de la entidad se centra en establecer que, no hay lugar a la revisión y ajuste del retroactivo cancelado por homologación y nivelación salarial así como el ajuste de la indexación en atención a que el demandante no interpuso los recursos de ley en el momento oportuno, situación que a todas luces es contraria a los preceptos de la Constitución toda vez que, se atenta contra el derecho fundamental al debido proceso, pues como claramente lo indica la entidad, el acto administrativo que reconoció el pago de la homologación y nivelación salarial no fue notificado al demandado de forma personal tal

como lo ordena la Ley 1437 de 2011, de manera que para el demandante no era posible interponer los recursos de ley.

Que la Secretaría de Educación de Caldas no puede negar el reconocimiento del derecho a revisar y ajustar el pago del retroactivo que se generó producto de la homologación y nivelación salarial, pues éste no debe asumir las consecuencias de unas cargas que le competen al Estado a través de sus diferentes órganos, cual era aplicar en debida forma la liquidación de dicho retroactivo y mal puede ahora la entidad alegar en su favor su propia culpa argumentando que si bien no hay prueba de qué los actos administrativos que reconocen el pago no se notificaron en forma personal al demandante tampoco este interpuso los recursos de Ley.

2. Contestación de la demanda

2.1. Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM

Presentó argumentos ajenos al tema en estudio, esto es, referidos al reconocimiento y pago de la indexación de la primera mesada pensional.

2.2. Departamento de Caldas

Se opuso a las pretensiones del demandante aduciendo que, no le asiste el derecho que deprecia toda vez que la suma reconocida por concepto de homologación y nivelación salarial fue debidamente reconocida e indexada. Propuso las excepciones:

“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”: Aduce que fue el Ministerio de Educación quien asignó los recursos para el reconocimiento de la homologación salarial. Que de conformidad con el Concepto 1607 de diciembre de 2004 del Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicios Civil, el Ministerio de Educación mediante Directiva Ministerial del 10 de junio de 2005 y la Resolución No. 2171 de mayo de 2006, indicó a las entidades territoriales certificadas en educación el procedimiento que debían seguir para la homologación y nivelación salarial de los empleados administrativos.

“BUENA FE”, basada en que, de presentarse los presupuestos para declararse obligación alguna a cargo del departamento, existen circunstancias eximentes de tal responsabilidad, como quiera, que de acuerdo al trámite establecido en ley, en los pagos de prestaciones sociales en el régimen excepcional de docentes, el departamento siempre ha obrado con correcto diligenciamiento de los respectivos actos administrativos. Sin embargo la cancelación del dinero es competencia del Ministerio de Educación.

“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY” basada en que, el demandante lo que pretende es aplicar una doble sanción a una entidad que no posee la titularidad de la obligación, pues si la génesis de los recursos con los que se atendió el pago de la homologación están en cabeza del Ministerio de Educación; además que, el Consejo de Estado en Concepto 2106 de 2012, se refirió a la incompatibilidad de la indexación y los intereses moratorios.

“**INAPLICABILIDAD DE LOS INTERESES MORATORIOS**”: Indica al respecto que se trata de un proceso de homologación y nivelación salarial el cual al momento de su desembolso se hizo de manera indexada, y que operando la indexación como una sanción no puede entonces la demandante pretender una nueva sanción por un mismo hecho.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por el departamento de Caldas y de oficio la de “*inepta demanda*”, y **negó las pretensiones** de la parte demandante.

Para ello señaló que, el retroactivo por homologación y nivelación salarial, la consecuente indexación y los intereses moratorios reclamados, en caso de ser reconocidos, deberían ser cancelados por la entidad que estuvo llamada a responder por esos mayores valores pagados a título de reajuste o nivelación salarial, es decir, por la Nación en cabeza del Ministerio de Educación, lo que de plano obliga a declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del departamento de Caldas.

Por otra parte, señaló que los actos administrativos que resolvieron la situación del demandante fueron las resoluciones 1826-6 del 22 de marzo y 4541-6 del 24 de julio de 2013, pues en ellas se ordenó el reconocimiento y pago por concepto de homologación y nivelación salarial, además del reconocimiento de la indexación. En consecuencia, no fue el oficio 1127/15 UJ SED del 23 de diciembre de 2015, el que resolvió la situación del demandante.

Que aunado a lo anterior, la liquidación definitiva de los emolumentos solicitados, obliga al beneficiario inconforme con el reconocimiento a demandarlo dentro del término de cuatro meses contados a partir de su notificación, o del acto que hubiere resuelto el recurso interpuesto, si fuere el caso, pero como ya se anotó una nueva petición solicitando la reliquidación, en realidad se estaría tratando de revivir un término ya vencido.

Que además, al demandante le fueron indexadas las sumas reconocidas por concepto de homologación y nivelación salarial, desde el 14 de abril de 2005 (fecha de ingreso al Departamento de Caldas) hasta el 31 de diciembre de 2009, extremo inicial que está incluido entre el lapso a partir del cual el personal administrativo fue adscrito a la planta de cargos del departamento de Caldas; sin embargo, la demanda se concreta al reconocimiento de intereses moratorios efectivos a partir del 15 de mayo de 2013 hasta que se cancele lo adeudado, frente a lo cual el Consejo de Estado ha precisado que esos mayores valores resultantes de ese proceso de homologación no tienen la connotación de una obligación cumplida tardíamente y por ello no procede el reconocimiento de intereses.

6. Recurso de apelación

La parte demandante solicita se revoque la sentencia y en su lugar se acceda a sus pretensiones, para ello considera que, si bien las resoluciones 1826-6 del 22 de marzo y 4541-6 del 24 de julio de 2013, son los actos mediante los cuales se ordena el pago del retroactivo

por homologación, también lo es que, con posterioridad a la ejecutoria de estas, el Ministerio de Educación mediante el oficio 2014EEE21121 del 20 de marzo de 2014, solicitó a la Secretaria de Educación realizar el cálculo de la liquidación por homologación y nivelación salarial hasta la fecha en que se efectuó el giro de los recursos por parte de la Nación, y en igual sentido mediante Oficio 2014EE61673 de agosto de 2017, dicha cartera Ministerial autorizó el pago por concepto de actualización de indexación y diferencias salariales dejadas de percibir; no obstante, el departamento mediante el oficio acusado, negó dicho derecho.

Que no puede exigírsele al demandante que acuda a solicitar la nulidad de un acto administrativo que es anterior a los hechos en que se fundamentan sus pretensiones, que si bien tratan sobre el tema de la homologación y nivelación salarial, no son los que resuelven la solicitud particular de revisar un retroactivo con base a los parámetros posteriormente emitidos por el Ministerio.

Sobre el decreto de la ineptitud de la demanda señaló que, el hecho de no llevarse a juicio un acto administrativo diferente al alegado en la demanda, no por ello la misma esta revestida de ineptitud, de otra parte, no puede considerarse la prosperidad de ineptitud, dada una inadecuada formulación de pretensiones pues el legislador no contempló dicha exigencia.

Que no es posible que se discuta la caducidad de la acción frente a actos administrativos que no fueron objeto de control judicial y, en lo que respecta al acto administrativo demandado, tampoco podría predicarse tal presupuesto, porque el medio de control fue interpuesto oportunamente. Además, la prescripción trienal que emanan de las leyes sociales prevista en el artículo 151 del CPL también se aplica a empleados públicos, y tiene prerrogativa constitucional que está por encima de la caducidad.

Sobre la falta de legitimación en la causa del departamento de Caldas, señaló que la sentencia incurre una vía de hecho, al desconocer que el ajuste e indexación solicitada y negada mediante el acto administrativo objeto de control, se deriva de un hecho imputable al ente territorial, pues, el Ministerio de Educación si aprobó el ajuste de los retroactivos cancelados, no obstante, es el ente territorial, quien sin argumentos válidos niega el derecho.

Sobre el derecho a que se reconozca el ajuste a la indexación señaló que, el índice final no correspondió al mes inmediatamente anterior a la fecha de pago, es decir, mayo de 2013. De manera que, si la administración reconoce como índice final el mes de diciembre de 2010, existe un periodo pendiente correspondiente a enero de 2011 a mayo de 2013.

Que además, la base utilizada por el Ente Territorial para calcular la indexación fue: índice inicial IPC (abril/2005, base 1998) e índice final (IPC dic/2010 Base 1998). De acuerdo con la información registrada por el Dane, desde 1954 se han incluido cinco revisiones de fondo en la producción del indicador, es decir con actualización de ponderaciones, y selección de canasta para seguimiento de precios; además de aumentos de la cobertura geográfica, de acuerdo a la información disponible. La revisión IPC-08: Incorpora la más reciente revisión del índice, comprende la actualización de la canasta de seguimiento y ponderaciones de cálculo, así como el aumento de la cobertura geográfica del indicador a 24 ciudades, sobre la base de la encuesta de ingresos y gastos más reciente 2006-2007. Incluye, además, la

división del grupo Transporte y Comunicaciones y una reestructuración en el número de gastos. Es por esto que se solicita entre otras que, se ordene a las demandas a efectuar el cálculo del IPC con base en la última tabla que para el efecto aplica, la cual corresponde a la base 100 – 2008 y no la del año 1998.

Que el departamento de Caldas certificó las cifras de los salarios y factores salariales devengados por el trabajador, de donde es posible constar los valores sin homologar y homologados; de lo cual se desprenden diferencias pendientes por reconocer.

Sobre el derecho a la sanción por el incumplimiento y retardo en el pago de los valores adeudados señala que, se reclama a título de restablecimiento, el pago de los intereses de mora causados desde 15 de mayo de 2013 hasta que se cancele lo adeudado, de lo cual no puede inferirse que se cobran indexación e intereses por los mismos periodos de tiempo y, por tanto, que exista razón para negar por incompatibilidad.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Conforme a lo indicado en la sentencia y el recurso de apelación, los problemas jurídicos son los siguientes: - *¿fueron demandados los actos que resolvieron la situación particular del demandante o se configuró la excepción de inepta demanda?*

- *¿Se encuentra acreditado el error en la liquidación de los valores derivados de la homologación y nivelación salarial?*

- *¿Tiene derecho la demandante al ajuste de la indexación y al pago de intereses moratorios?*

- *¿Cuál es la entidad responsable del pago de dichos valores?*

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal

No fueron demandados los actos que resolvieron la situación particular del demandante por cuanto, las resoluciones 1826-6 del 22 de marzo y 4541-6 del 24 de julio de 2013, fueron las que definieron el derecho del demandante al reconocimiento y pago por concepto de homologación y nivelación salarial, así como de la indexación. Además, no se encuentra acreditada la existencia de un hecho nuevo que diera lugar a la posibilidad de formular la petición de reliquidación de los valores ya reconocidos.

Para fundamentar lo anterior se analizará: i) el fundamento jurídico del proceso de homologación y nivelación salarial, la indexación y los intereses moratorios; ii) los hechos probados y iii) el caso concreto.

2.2. Fundamento jurídico

2.2.1. Proceso de homologación y nivelación salarial

El proceso de homologación y nivelación salarial para los empleados del área administrativa de los establecimientos educativos oficiales tiene su origen en la descentralización del servicio educativo. Inicialmente, a través de la Ley 43 de 1975 *“Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”* se llevó a cabo el proceso de nacionalización de la educación en los siguientes términos:

“Artículo 1º.- La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación.

En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, serán de cuenta de la Nación, en los términos de la presente Ley”.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 60 de 1993, *“Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”* comenzó a revertirse la nacionalización y se abrió paso la descentralización del servicio educativo.

En materia educativa, para los departamentos y municipios, los artículos 2º y 3º de la mencionada ley establecieron:

“Artículo 2º.- Competencias de los municipios. Corresponde a los municipios, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas municipales competentes, en su carácter de entidades ejecutoras principales de las acciones en materia social, dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional, a las ordenanzas y a los respectivos acuerdos municipales, así:

1.- En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y a las disposiciones legales sobre la materia:

- Administrar los servicios educativos estatales de educación preescolar, básica primaria y secundaria y media.*
- Financiar las inversiones necesarias en infraestructura y dotación y asegurar su mantenimiento y participar con recursos propios y con las participaciones municipales en la financiación de los servicios educativos estatales y en la cofinanciación de programas y proyectos educativos.*
- Ejercer la inspección y vigilancia, supervisión y la evaluación de los servicios educativos estatales.*

Artículo 3º.- Competencias de los departamentos. Corresponde a los departamentos, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas departamentales competentes, conforme a la Constitución Política, la ley, a las normas técnicas nacionales y a las respectivas ordenanzas:

1.- Administrar los recursos cedidos por la Nación; planificar los aspectos relacionados con sus competencias para los sectores de educación y salud y ejercer funciones de coordinación, subsidiariedad y concurrencia relacionadas con las competencias municipales, conforme a la Constitución, a la Ley y a los reglamentos que sobre tales aspectos expidan los respectivos ministerios.

En desarrollo de estas funciones promoverá la armonización de las actividades de los municipios entre sí y con el departamento y contribuirá a la prestación de los servicios a cargo de los municipios cuando éstos presenten deficiencias conforme al sistema de calificación debidamente reglamentado por el respectivo Ministerio.

(...)

3.- Actuar como instancia de intermediación entre la Nación y los municipios, para los fines del ejercicio de las funciones que conforme a esta Ley, son de competencia de la Nación.

4.- Asesorar y prestar asistencia técnica, administrativa y financiera a los municipios y a las instituciones de prestación de los servicios para el ejercicio de las funciones asignadas por la presente Ley; realizar la evaluación, control y seguimiento de la acción municipal y promover ante las autoridades competentes las investigaciones disciplinarias a que haya lugar.

5.- Las anteriores competencias generales serán asumidas por los departamentos así:

A. En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y las disposiciones legales sobre la materia:

- Dirigir y administrar directa y conjuntamente con sus municipios la prestación de los servicios educativos estatales en los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria y media.
- Participar en la financiación y cofinanciación de los servicios educativos estatales y en las inversiones de infraestructura y dotación.
- Asumir las funciones de administración, programación y distribución de los recursos del situado fiscal para la prestación de los servicios educativos estatales.
- Promover y evaluar la oferta de capacitación y actualización de los docentes, de acuerdo con los desarrollos curriculares y pedagógicos y facilitar el acceso a la capacitación de los docentes públicos vinculados a los establecimientos educativos del área de su jurisdicción.
- Regular, en concurrencia con el municipio, la prestación de los servicios educativos estatales.
- Ejercer la inspección y vigilancia y la supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales.
- Incorporar a las estructuras y a las plantas departamentales las oficinas de escalafón, los fondos educativos regionales, centros experimentales piloto y los centros auxiliares de servicios docentes.
- Asumir las competencias relacionadas con currículo y materiales educativos.

La prestación de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará por los departamentos, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental, distribuida por municipios, de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio; de todas maneras la administración del personal docente y administrativo se hará conforme a lo previsto en el artículo 60. de la presente Ley”.

Y el artículo 15 definió la forma como se asumían dichas competencias:

“Los departamentos y distritos que acrediten el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 14 en el transcurso de cuatro años, contados a partir de la vigencia de esta Ley, recibirán mediante acta suscrita para el efecto, los bienes, el personal, y los establecimientos que les permitirán cumplir con las funciones y las obligaciones recibidas. En dicha acta deberán definirse los términos y los actos administrativos requeridos para el cumplimiento de los compromisos y obligaciones a cargo de la Nación y las entidades territoriales respectivas”.

Así mismo, respecto de la administración de las plantas de personal preceptuó:

“Artículo 6º.- Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.

Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute”.

A su turno, la Ley 715 de 2001 *“Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*, precisó:

“Artículo 37. Organización de plantas. Las plantas de cargos docentes y de los administrativos de las instituciones educativas serán organizadas conjuntamente por la Nación, departamentos, distritos y municipios, en un período máximo de dos años, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la presente ley.

Artículo 38. Incorporación de docentes, directivos docentes y administrativos a los cargos de las plantas. La provisión de cargos en las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, se realizará por parte de la respectiva entidad territorial, dando prioridad al personal actualmente vinculado y que cumpla los requisitos para el ejercicio del cargo.

Los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos vinculados a la carrera docente a la expedición de la presente ley, no requieren nueva vinculación o nuevo concurso para continuar en el ejercicio del cargo, sin perjuicio del derecho de la administración al traslado del mismo.

A los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con esta. (...)”.

A su vez, el Ministerio de Educación Nacional con base en el concepto del Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil 1607 del 9 de diciembre de 2004, señaló en la Directiva Ministerial 10 del 30 de junio de 2005:

“Una vez elaborado el estudio técnico y fundamentándose en éste, la entidad territorial certificada procederá a realizar, bajo la responsabilidad del secretario de educación y del jefe de personal o quien haga sus veces, la homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos conforme a la normatividad vigente, mediante acto administrativo general.

Con base en este último, la homologación de cada funcionario administrativo se realizará, mediante acto administrativo individualizado el cual debe especificar el cargo al cual es homologado y la nivelación salarial respectiva -si a ella hay lugar según el estudio técnico- que rige a partir de la fecha de expedición de dicho acto administrativo, previo certificado de disponibilidad presupuestal. El certificado de disponibilidad presupuestal será emitido contra recursos del Sistema General de Participaciones -SGP. Si el costo de la planta de personal administrativo aprobada, incluido el aumento por concepto de la nivelación y homologación, no alcanza a ser cubierto con los recursos del SGP asignados por alumno atendido para el pago de la prestación del servicio, la entidad territorial podrá solicitar al MEN su cubrimiento por concepto de complemento de planta.”

De esta relación normativa se desprende el diseño de todo un proceso legal a efectos de hacer efectiva la administración de la educación por parte de las entidades territoriales como producto de la descentralización de dicho servicio, que antes estaba en su totalidad a cargo de la Nación. Naturalmente, dicho proceso implicó, entre otras circunstancias, que los cargos al servicio de la educación que estaban adscritos a la Nación debieron ser asumidos por las entidades territoriales, que a partir de dichas normas fueron responsables de la educación pública. Y asumidos o adoptados por los departamentos y municipios dichos cargos, debían ajustarlos a las plantas propias (homologación de cargos), incluso salarial y prestacionalmente, lo que derivó en el reconocimiento económico de las diferencias que se presentaran en dichos aspectos (nivelación salarial).

2.2.2. Indexación

Según la doctrina¹, es la actualización del dinero en el tiempo para mantener su valor y evitar la pérdida adquisitiva de la moneda; se trata de una equivalencia financiera en la cual unidades monetarias del pasado (VP) se re-expresan en unidades monetarias del futuro (VF), que tienen el mismo poder adquisitivo, siendo la diferencia entre dichos valores temporales la corrección monetaria del dinero, con base en los índices determinados por el ordenamiento jurídico.

Por su parte, el Consejo de Estado –citado por el mismo autor²- en providencia del 30 de mayo de 2013³ precisó que *“el propósito de la indexación es uno: mantener el valor o poder adquisitivo constante de la moneda en razón de la depreciación que ha sufrido por el paso del tiempo. La indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente”*.

¹ Cesar Mauricio Ochoa Pérez, Tratado de los Dictámenes Periciales, Biblioteca Jurídica Dike, página 723.

² Cesar Mauricio Ochoa Pérez.

³ Consejera María Elizabeth García González, radicado 2006-00986-01.

A su turno la Corte Constitucional en sentencia C-862 de 2006⁴ indicó respecto a la indexación que: *“persigue entonces mantener el valor originario del crédito dinerario, mediante el empleo de pautas preestablecidas, aplicables a todas las obligaciones dinerarias que se especifican. Mediante este procedimiento de ajuste periódico y automático se pueden actualizar salarios, rentas, ahorros, impuestos y en general todas aquellas prestaciones originadas en obligaciones que se prolongan en el tiempo”*.

En síntesis, la indexación busca mantener actualizado el valor del dinero pese al paso del tiempo.

2.2.3. Intereses moratorios

Tienen un carácter indemnizatorio por los perjuicios que causa la mora en el cumplimiento de las obligaciones, conforme al artículo 1617 del Código Civil que señala:

“INDEMNIZACIÓN POR MORA EN OBLIGACIONES DE DINERO. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas”.

Ahora bien, respecto de la procedencia del pago de intereses moratorios sobre sumas indexadas, el Consejo de Estado⁵ ha considerado:

“En vista de lo anterior, se observa que la sentencia de primera instancia no sólo condena a Cajanal E.I.C.E. liquidada, a pagar al actor intereses por mora como mecanismo indemnizatorio de los perjuicios sufridos por el demandante, sino además a la indexación prevista en el artículo 178 del C.C.A., condenas que resultan completamente incompatibles, en cuanto ambas cargas económicas tienen una misma finalidad que es mitigar los efectos adversos devenidos por la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones y de configurarse en conjunto tendría como resultado un enriquecimiento sin justa causa a favor del acreedor.

La Corporación, en varias oportunidades ha venido sosteniendo que recibir ambas compensaciones constituye un doble pago, máxime cuando se ha declarado la recuperación del valor perdido por las sumas adeudadas, en este caso, el relativo a la actualización de los salarios

⁴ Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección "A". C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 22 de abril de 2015. Rad.: 25000-23-25-000-01312(2506-2013).

devengados por el actor como funcionario de planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores a moneda colombiana como efecto de la inflación, al respecto se ha precisado:

“Por el contrario, no procede reconocer intereses moratorios pues si el ex-empleado inconforme con la decisión recurre a la acción judicial, además del reconocimiento de las sumas de dinero dejadas de cancelar por efecto del acto ilegal, se ordena su ajuste conforme al artículo 178 del C.C.A., con lo cual se previene la devaluación, buscando que el restablecimiento del derecho represente el valor real al momento de la condena que es el equivalente al perjuicio recibido.

En gracia de discusión, si se ordenara el reconocimiento de intereses por mora se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa”.

De acuerdo a lo anterior, los intereses moratorios y la indexación no son acumulables, considerando que los primeros inician con la mora en el crédito u obligación, en tanto el período de la indexación está dado entre la fecha del crédito, capital u obligación y la fecha en que se quiere actualizar, no siendo relevante la existencia de la mora.

Sin embargo, esa incompatibilidad debe entenderse entre la indexación y los intereses que lleven implícitos la corrección monetaria, por cuanto existe una excepción en tratándose del interés legal en materia civil, el cual corresponde al 6 % anual, en razón a que en este último tipo de interés no contempla la devaluación del dinero.

Al respecto, el Consejo de Estado⁶, ha señalado:

“Ha dicho la sala que no es procedente la liquidación de intereses comerciales simples o de mora con la corrección monetaria o indexación, toda vez que la tasa de interés comercial lleva en su interior la corrección monetaria. No obstante, la actualización sí puede concurrir cuando se condena al pago del interés legal civil, por cuanto esa tasa de interés no incluye ningún valor por devaluación del dinero, distinta a la tasa de interés corriente bancario que es más alta en atención a que incluye la devaluación”.

Además, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente sancionatoria de los intereses moratorios en asuntos laborales, tampoco existía fundamento legal que otorgara el derecho a reclamar intereses moratorios por pago tardío de una homologación y nivelación salarial, o que determinara su causación y exigibilidad de forma automática en el momento mismo en que la parte accionante fue incorporado a la planta de personal del ente territorial.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia de 7 de octubre de 2021⁷, señaló:

En conclusión: no es procedente el reconocimiento de intereses moratorios a favor de la demandante por el no pago inmediato del valor correspondiente a la homologación y nivelación salarial de la planta de personal administrativo de la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales, en tanto la sola tardanza por parte de las demandadas en cancelar la obligación

⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Sentencia 24 de junio de 2004. Rad.: 08001-23-31-000-2000-2482-01(24935).

⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P.: William Hernández Gómez. Sentencia radicado 17001-23-33-000-2016-00857-01(4454-18)

dineraria, no implica necesariamente dicha indemnización por mora, más aún en el entendido de que existió una justificación razonable para esa dilación, referente a la superación de diferentes etapas en un proceso interadministrativo complejo y extenso que en esas condiciones, implica también la necesidad de conjurar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda pero a manera de compensación a través de la indexación como en efecto se hizo, y no en virtud de una sanción como lo pretendía la parte activa.

2.3. Hechos relevantes acreditados

- Mediante Resolución 1826-6 del 22 de marzo de 2013⁸ y 4541-6 del 24 de julio de 2013⁹, la Secretaría de Educación de Caldas reconoció y ordenó pagar al demandante un retroactivo por concepto de homologación y nivelación salarial, por el periodo comprendido entre el 14 de abril de 2005 -fecha de ingreso al departamento de Caldas- hasta el 31 de diciembre de 2009; además ordenó el reconocimiento de la indexación de dichos valores.
- Dichas Resoluciones fueron notificadas el 24 de julio de 2013¹⁰, sin que la parte demandante interpusiera recursos contra ellos.
- El pago por concepto de nivelación salarial e indexación se realizó a través de transferencia electrónica del 7 de junio de 2013¹¹.
- El 12 de diciembre de 2015 el demandante solicitó a la Secretaría de Educación de Caldas, *“Revisar y reliquidar los conceptos (SUELDOS; PRIMA TÉCNICA; PRIMA ANTIGÜEDAD; BONIFICACIÓN SERVICIOS PRESTADOS; PRIMA DE SERVICIOS; PRIMA DE VACACIONES; BONIFICACIÓN ESPECIAL RECREACIÓN; SUELDO VACACIONAL; INDEMNIZACIÓN DE VACACIONES; PRIMA DE NAVIDAD; CESANTÍAS E INDEXACIÓN) que por Homologación y Nivelación salarial NO le fueron reconocidos y pagados correctamente a mi representado mediante la Resolución 4541-6 del 4 de julio de 2013.”*(Sic), precisando que, *“él “índice final”, debe calcularse con base al IPC del mes inmediatamente anterior a la fecha efectiva de pago, es decir, al 31 de abril de 2013, en consideración a que la fecha de pago se surtió en el mes de mayo de 2013”*¹².
- Por medio del Oficio 1127/15 UJ SED del 23 de diciembre de 2015 la Secretaría de Educación de Caldas resolvió de manera negativa la petición precisando que, el interesado no interpuso recursos contra la Resolución 1823-6 del 22 de marzo de 2013 aclarada mediante Resolución 4541-6 del 24 de julio de 2013 y que, al interponer la petición el 12 de diciembre de 2015 se trata de revivir términos¹³.
- En el Certificado 1646 de 24 de mayo de 2016 de la Secretaría de Educación de Caldas¹⁴ se señala, el valor de los factores salariales devengados por la demandante antes y después de la homologación, desde el 14 de abril de 2005 al 31 de diciembre de 2009, lo cual permite

⁸ FL. 6-9 Archivo: 07C2PruebasDeoficiFls1A33.pdf

⁹ FL. 2-5 Archivo: 07C2PruebasDeoficiFls1A33.pdf

¹⁰ FL. 2-5 Archivo: 07C2PruebasDeoficiFls1A33.pdf

¹¹ FL. 16 Archivo: 07C2PruebasDeoficiFls1A33.pdf

¹² FL. 23-28 Archivo: 01C1Folios1A103.pdf

¹³ FL. 21-22 Archivo: 01C1Folios1A103.pdf

¹⁴ FL. 32-34 Archivo: 01C1Folios1A103.pdf

establecer con claridad los factores, periodos y cifras que sirvieron de base para el cálculo del retroactivo por homologación y nivelación salarial.

2.4. Análisis caso concreto

La parte actora reclama en su demanda que, se declare que tiene derecho a que las accionadas le revisen y paguen la reliquidación y ajuste de los conceptos (sueldos, prima técnica, prima antigüedad, bonificación servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación especial, recreación, sueldo vacacional, prima de navidad, cesantías e indexación) que por homologación y nivelación salarial no le fueron reconocidos y pagados correctamente; se ordene a la Secretaría de Educación de Caldas revisar, corregir y o ajustar los certificados de factores salariales que dan cuenta los valores sin homologar y homologados con base en la última tabla de homologación aprobada por el Ministerio de Educación, para de esta forma calcular con precisión las diferencias por retroactivo a cancelar y por consiguiente la base de indexación; se aplique la última tabla emitida por la Superintendencia Financiera que corresponde a la base “100 años 2008”; y el pago de los intereses moratorios por el saldo insoluto pendiente por reconocer y pagar, desde la fecha de pago y hasta que se cancele el saldo adeudado.

El *a quo* negó las pretensión basado entre otros argumentos en que, los actos administrativos que resolvieron la situación del demandante respecto al reconocimiento y pago de la homologación y nivelación salarial, y el ajuste de indexación fueron las Resoluciones 1826-6 del 22 de marzo y 4541-6 del 24 de julio de 2013 y no el oficio 1127/15 UJ SED del 23 de diciembre de 2015 atacado; por lo que las referidas resoluciones eran los actos que debieron ser cuestionados, además que frente a ellos la parte demandante contó con la oportunidad para hacerlo a través del recurso de reposición o la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

La demandante en su recurso de apelación al respecto precisó que, si bien las referidas resoluciones son los actos mediante los cuales se ordenó el pago del retroactivo por homologación, también lo es que, con posterioridad el Ministerio de Educación mediante el oficio 2014EEE21121 del 20 de marzo de 2014, solicitó a la Secretaria de Educación Departamental realizar el cálculo de la liquidación por homologación y nivelación salarial hasta la fecha en que se efectuó el giro de los recursos por parte de la Nación, y en igual sentido mediante Oficio 2014EE61673 de agosto de 2014, autorizó el pago por concepto de actualización de indexación y diferencias salariales dejadas de percibir; no obstante, pese a dicha autorización, el departamento mediante el oficio acusado negó dicho derecho.

Al respecto la Sala precisa que, para que un hecho nuevo pueda habilitar la formulación de una petición de reliquidación de unos valores ya reconocidos en un acto administrativo, es necesario que, dicho hecho generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral.

El Consejo de Estado¹⁵ respecto del “*hecho nuevo*”, ha expuesto:

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: William Hernández Gómez. 21 abril de dos 2016. Rad.: 05001-23-31-000-2003-01220-01(0239-14)

*“En efecto, ante la existencia de un **hecho nuevo** generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral, como puede ser la declaratoria de la nulidad de una norma, el servidor público beneficiado, **tiene la posibilidad una vez agote la vía administrativa, demandar la negativa de la entidad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.** (Se resalta)*

En sentencia del 4 de agosto de 2010¹⁶ señaló:

“[...]la cesantía es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto.

*Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina **la nueva petición**, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. **Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación.***

[...]

*Ocurre sin embargo, que con posterioridad a estas decisiones, **surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó** con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al administrado para solicitar a la administración su reconocimiento.*

[...]

*Consecuente con lo anterior y como la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencia anulatorias citadas, los servidores o ex servidores de la Fiscalía General de la Nación, podían reclamar su reconocimiento, **sin que se pueda afirmar, como lo hace la primera instancia, que lo pretendido era revivir los términos de caducidad para acudir a la jurisdicción, pues como bien lo dice la demandante, no se está discutiendo el contenido de los actos que le reconocieron anualmente la cesantía, sino***

¹⁶ I Consejo de Estado. Sala Plena. Sección Segunda. Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. 0230-08, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

la negativa a la inclusión de un derecho económico que surgió con posterioridad a este reconocimiento.

Es decir que, existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento.

[...]

De esta manera la Sala se aparta del criterio acogido en algunas decisiones en las que se ha aceptado la configuración de la caducidad que conduce a proferir fallo inhibitorio frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantía, porque se insiste, la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia [...]" (Subraya fuera de texto).

Si bien la providencia citada se refiere al auxilio de cesantías liquidado definitivamente, tal postulado se aplica también para las otras prestaciones sociales que ya se hubiesen liquidado de forma definitiva. Así lo explicó la Sección Segunda Subsección "B" del Consejo de Estado.¹⁷

En el caso concreto, la petición realizada por el demandante el 12 de diciembre de 2015, tendiente a obtener la reliquidación del retroactivo por homologación y nivelación salarial, tuvo como fundamento la expedición de los oficios 2014EE21121 del 20 de marzo de 2014 y 2014EE61673 de agosto de 2014 por el Ministerio de Educación. Sin embargo, la parte demandante no los aportó, ni acreditó haberlos solicitado directamente ante las entidades demandadas.

Dicha omisión impide al fallador analizar su contenido, además que de los extractos citados por el demandante no se evidencia que estos generaron una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 31 de marzo de 2022¹⁸, reiteró:

"Es preciso hacer énfasis en que es a la parte demandante a quien le incumbe señalar las normas que considera infringidas, así como los vicios atribuidos al acto administrativo y aportar soportes tendientes a corroborar su dicho, sin que le corresponda al juez efectuar un control integral de legalidad de los actos acusados, y asumir los roles y obligaciones que el ordenamiento jurídico le impone a los sujetos procesales".

Por lo tanto, ante la inexistencia de un hecho nuevo que pueda afirmarse generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho de carácter laboral, no es posible afirmar que el demandante tenía la posibilidad de formular una petición de reliquidación de unos

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia de 27 de enero de 2011. Rad.: 25000-23-25-000-2005-08547-01(0132-09).

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección A C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 31 de marzo de 2022. Rad.: 08001 23 33 000 2014 00856 01 (2642-2019)

valores que ya habían sido reconocidos en un acto administrativo en firme, y que no fue objeto de oposición en sede administrativa ni en vía judicial.

Así, como a través de la petición del 12 de diciembre de 2015 se solicitó la reliquidación de unos valores que ya habían sido reconocidos en las Resolución 1826-6 del 22 de marzo de 2013¹⁹ y 4541-6 del 24 de julio de 2013²⁰, resultaba impropio el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos deprecados en la demanda, contra el Oficio 1127/15 UJ SED del 23 de diciembre de 2015 a través del cual se dio respuesta a aquella petición.

Finalmente es preciso aclarar, en cuanto a la excepción de inepta demanda, que dicha figura procesal está contemplada para cuestionar el incumplimiento de los requisitos formales que exige la ley en la presentación del libelo y ante la indebida acumulación de pretensiones²¹, pero como ello no es lo que se presenta en este asunto, se debió declarar que no se acusó el acto administrativo que definió la situación jurídica de la demandante.

2.5. Conclusión

No fueron demandados los actos que resolvieron la situación particular del demandante por cuanto, las resoluciones 1826-6 del 22 de marzo y 4541-6 del 24 de julio de 2013, fueron las que definieron el derecho del demandante al reconocimiento y pago por concepto de homologación y nivelación salarial, así como de la indexación. Además, no se encuentra acreditada la existencia de un hecho nuevo que diera lugar a la posibilidad de formular la petición de reliquidación de los valores ya reconocidos.

Por lo tanto, se modificará el ordinal primero de la sentencia en cuanto declaró configurada de oficio la excepción de inepta demanda y en su lugar se declarara que, no se acusó el acto administrativo que definió la situación jurídica de la demandante.

En consecuencia, por sustracción de materia resulta innecesario el análisis de los demás problemas jurídicos planteados.

3. Costas en esta instancia

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, en atención a la modificación parcial de la sentencia apelada, no se impondrá condena en costas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

¹⁹ FL. 6-9 Archivo: 07C2PruebasDeoficiFls1A33.pdf

²⁰ FL. 2-5 Archivo: 07C2PruebasDeoficiFls1A33.pdf

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección A. C.P.: Gabriel Valbuena Hernández. Auto de 25 de julio de 2022.)Rad.: 08001 23 33 000 2015 00145 01 (4339-2016)

Primero. Se modifica el original Segundo de la sentencia proferida el 3 de junio de 2022, por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, dentro del proceso adelantado con ocasión a la demanda que a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó Hernando Antonio Hernández Jaramillo contra la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas, **en su lugar, se declara** probada de oficio la excepción consistente en que *“no se acusó el acto administrativo que definió la situación jurídica de la demandante”*.

Segundo. Confirmar en todo lo demás la sentencia apelada.

Tercero. Sin costas en esta instancia.

Cuarto. La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 069 de 2022.

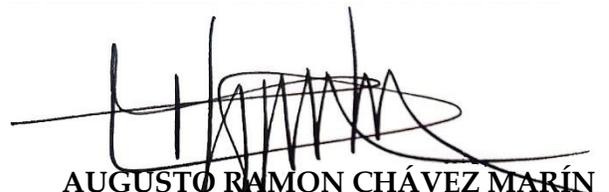
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 245

Manizales, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17-001-33-39-005-2016-00378-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Carmen Tulia Piedrahita Cardona
Demandado: E.S.E. Hospital Departamental Santa Sofia
Llamados en Gtia: Seguros del Estado S.A.
Aseguradora Solidaria de Colombia S.A.

Se decide el recurso de apelación formulado por las partes y las llamadas en garantías contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales en la que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demandante.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

La demandante solicita se declare la nulidad del oficio GEO 10.1, consecutivo 2016-D-227 de 2015 -confirmado mediante oficio GEO 10.1, sin consecutivo de 2016-, acto mediante el cual la E.S.E. Hospital Santa Sofia de Caldas resolvió negativamente las peticiones tendientes a que se reconozca la existencia de una relación laboral con dicha E.S.E. respecto de los servicios prestados a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado – Contralabor, entre el 22 de julio de 2008 y el 31 de diciembre de 2012.

A título de restablecimiento del derecho deprecó, el reintegro de la accionante al cargo que desempeñaba al servicio de la demandada; el reconocimiento y pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997¹; de la sanción por despido injusto de que trata el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo -²⁰⁰⁸; de las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y primas de servicios, en las mismas condiciones que hubiesen sido reconocidas a una empleada de planta de la E.S.E. mencionada; la sanción moratoria por no pago de las cesantías, y la suma de 100 S.M.L.M.V. por los perjuicios morales.

1.2. Hechos

¹ 180 S.M.L.M.V. Salarios mínimos legales mensuales vigentes.

² Código Sustantivo del Trabajo.

Se señaló en síntesis que, la demandante se vinculó como auxiliar de enfermería al servicio del Hospital Santa Sofía a partir del 22 de julio del 2008 a través del convenio de asociación suscrito por dicha E.S.E. con la Cooperativa de Trabajo Asociado – “Contralabor” bajo la modalidad de prestación de servicios civiles.

Que la demandante prestó turnos de 12 y 6 horas, en horarios de 7:00 am a 7:00 pm, de 7:00 am a 1:00 pm y de 1:00 pm a 7:00 pm, y que como remuneración de los servicios prestados por la demandante obtuvo la suma de 1 S.M.L.M.V. sin derecho al pago de otras prestaciones sociales o salariales y laborando bajo la continua subordinación y dependencia de funcionarios de la E.S.E. del Hospital Santa Sofía y en idénticas condiciones que los demás empleados de planta de sus mismas calidades al interior de la entidad.

Que durante el tiempo que la demandante prestó sus servicios a la E.S.E. Hospital Santa Sofía sufrió dos accidentes laborales que conllevaron a su reubicación en otras funciones al interior de la entidad, y que hallándose en condición de debilidad por las afecciones producidas por dichos eventos, fue informada el 31 de diciembre de 2012 que no sería contratada nuevamente por la terminación del contrato sostenido entre la E.S.E. y la cooperativa de trabajo asociado “Contralabor”.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Señaló como disposiciones vulneradas el artículo 53 de la Constitución; los artículos 1, 5, 8, 12 y 17 de la Ley 6 de 1945; la Ley 4 de 1966; los artículos 5, 6, 8, 9, 11 y 14 del Decreto 3135 de 1968; los artículos 1, 2, 3, 5, 8, 13, 16, 17, 20, 21, 24, 25, 32, 33, 40, 42, 52, 58, 59 y 60 del Decreto 1045 de 1978; el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011; el artículo 23 de la Ley 640 de 2011; los artículos 57, 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo; el artículo 74 y siguientes del Código de Procedimiento Laboral; y la Ley 789 de 2002.

Argumentó que, la situación de la demandante se enmarca en una relación laboral, por cuanto se acreditan todos los elementos constitutivos de la relación laboral y, además, aparece demostrado que el servicio personal se ejercía cumpliendo funciones de los trabajadores de planta adscritos al Hospital Departamental Santa Sofía que desempeñaban el mismo cargo y funciones y que de igual forma seguía órdenes impartidas por la jefe de enfermería y del departamento de enfermería, quienes le impartían órdenes en cuanto al modo, tiempo y cantidad para la atención de los pacientes, vale decir, el elemento subordinación, requisito necesario para establecer si bajo la apariencia de contratos de asociación se ocultó una relación laboral entre las partes, de tal manera que no queda duda acerca del desempeño laboral de la demandante en las mismas condiciones que lo realizaban los empleados de planta de enfermería de la entidad demandada, pues incluso debía cumplir un horario de trabajo cumpliendo con los turnos asignados.

2. Contestación de la demanda

2.1. La ESE Hospital Departamental Santa Sofía

Al paso de oponerse a las pretensiones de la demandante, en cuanto a los hechos señaló que no son ciertos aquellos relacionados con que existió una relación laboral sin solución

de continuidad o que recibió un salario, pues nunca se sostuvo ningún tipo de relación contractual, pues la entidad accionada se limitó a convenir una serie de servicios que eran prestados por la Cooperativa de Trabajo Asociado – Contralabor de conformidad con lo establecido por el Decreto 4588 de 2006, pactando una suma global a favor de dicha cooperativa, siendo esta última quien debía remunerar a sus trabajadores.

Agregó que en la entidad no existe un cargo denominado Auxiliar de Enfermería, por lo que no se puede alegar que existe o existió vinculación laboral alguna de la demandante en dicho cargo.

Finalmente advirtió que se reclaman prestaciones que de reconocerse se habrían causado desde 2008 por lo que debe analizar el acaecimiento de la prescripción extintiva frente a dichos créditos.

De conformidad con los argumentos previamente señalados, propuso las excepciones de mérito que denominó *“Falta de Legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de relación laboral e inexistencia de solidaridad”, “Buena fe”, “Cobro de lo no debido y ausencia de solidaridad”, “Pago” y “Prescripción de la acción y prescripción de derechos”*.

Adicionalmente, formuló llamamientos en garantía respecto de las aseguradoras Seguros del Estado S.A. y Aseguradora Solidaria de Colombia S.A. con ocasión de las pólizas expedidas por dichas aseguradoras en el marco del contrato celebrado entre la E.S.E. Hospital Santa Sofia y la Cooperativa de Trabajo Asociado – “Contralabor”.

2.2. La llamada en garantía Seguros del Estado S.A.

Manifestó secundar los argumentos de oposición que formuló la entidad demandada en lo que respecta a las pretensiones de la demanda, por carecer esta de fundamento jurídico ya que no existió ningún tipo de relación laboral o contractual entre la demandante y la E.S.E. Hospital Santa Sofia, agregó que no se puede manifestar la existencia de un despido sin justa causa pues la demandada jamás adoptó tal decisión, pues itera, nunca tuvo la calidad de empleador o tan siquiera contratante de los servicios prestados por la demandante.

Respecto de las pensiones del llamamiento en garantía, indicó que la responsabilidad en cabeza de la aseguradora se limita al contrato de seguros celebrado, resaltando así que las pólizas de seguro invocadas amparan el cumplimiento de los contratos celebrados entre la E.S.E. Hospital Santa Sofia y la Cooperativa de Trabajo Asociado – “Contralabor”, contratos respecto de los cuales la propia entidad que fórmula el llamamiento los dio por terminados, efectuando su liquidación y declarando a la contratista a paz y salvo por todo concepto.

Concluyó que, incluso de considerarse que las pólizas de seguro abarcan el objeto de la presente controversia, debe tenerse en cuenta que la aseguradora solo está llamada a responder hasta la concurrencia de la suma asegurada, previo análisis de la prescripción del contrato de seguros la cual en virtud del artículo 1081 del Código de Comercio, opera dos años después del momento en el que el interesado haya tenido conocimiento del hecho que da base a la acción.

En línea con lo anterior, propuso las excepciones que denominó *“Inexistencia de la relación laboral entre la demandante y el hospital departamental Santa Sofía de Caldas”, “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de despido sin justa causa, por cuanto la demandante no fue contratada por el Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas”, “Excepción Genérica”, “Sujeción de las partes al contrato de seguro y a las normas legales que lo regulan”, “Limite de amparo asegurado bajo la póliza objeto del llamamiento en garantía. Suma asegurada”, “Ausencia de cobertura de la póliza de seguro de cumplimiento entidad estatal Nros. 42-44-101045335 y 42-44-101052321 por cumplimiento del contrato garantizado”, “Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro” e “Inoperancia de las pólizas de cumplimiento entidad estatal por ausencia de siniestro”.*

2.3. La llamada en garantía Aseguradora Solidaria de Colombia S.A.

Manifestó su coincidencia con los argumentos de oposición planteados por la entidad llamante en garantía arguyendo que, la relación contractual objeto de debate se celebró entre la cooperativa de trabajo asociado y la demandante, así, desde su inicio el contrato denotaba características de prestación de servicios entre la cooperativa y la demandante, y un contrato civil entre la cooperativa y el hospital, sin que exista la posibilidad de que exista un contrato de índole laboral entre el hospital demandado y la demandante, destacando que en el marco de dicho contrato civil no pueden existir los elementos de una relación laboral y menos una estabilidad laboral reforzada como lo alega la accionante.

Frente al llamamiento en garantía, indicó que el artículo 1077 del Código de Comercio impone la obligación al asegurado de probar el daño o siniestro ocurrido, así como de la suma a resarcir, sin que en el presente asunto se hayan demostrados los daños reclamados y que en todo caso la aseguradora se encuentra obligada a responder únicamente por el monto asegurado, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 1056, 1079 y 1089 del Código de Comercio.

Así, propuso las excepciones que denominó *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Pago de la obligación”, “Inexistencia de los elementos del contrato laboral”, “Inexistencia de la estabilidad laboral reforzada”, “Inexistencia de relación laboral”, “Violación al Juramento Estimatorio”, “Cobro de lo no debido”, “Buena fe”, “Inexistencia de la obligación de cancelar condena o indemnización en cabeza de los demandantes ante la inexistencia de responsabilidad alguna”, “Prescripción”, “Innominada”, “Límite de amparos y coberturas” y “Carga de la prueba de los perjuicios sufridos y de la responsabilidad del asegurado”.*

3. Sentencia de primera instancia.

El *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones de la demandante advirtiendo en primer lugar que, de conformidad con las normas sobre la naturaleza de las cooperativas de trabajo asociado, las personas que se vinculan a una de estas se consideran como socios y aportantes directos de la capacidad de trabajo, disposición que implica que aquel tercero que contrate con la cooperativa se obliga con cada uno de los asociados directamente, por lo que en el marco de la ejecución de los contratos se presentaron por parte de la cooperativa las cuentas del personal asistencial para su cobro, en las cuales se encuentra enlistada la señora Piedrahita en el cargo de auxiliar de enfermería.

Así, señaló que los elementos propios de la relación laboral fueron acreditados, con ocasión de los servicios que la demandante prestó entre el 01 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2012, así:

(i) La prestación personal del servicio, a partir del clausulado de los contratos celebrados entre el Hospital Santa Sofia de Caldas y la Cooperativa de Trabajo Asociado – Contralabor, que denotan la existencia de un servicio de carácter personal como el de auxiliar de enfermería que fue prestado materialmente por la demandante y cuyo beneficiario directo fue la E.S.E. demandada. Lo anterior, aunado a los testimonios recaudados que dieron fe de que la accionante prestó el servicio como auxiliar de enfermería.

(ii) La remuneración del servicio prestado, con el pago de los honorarios pactados como remuneración mensual a la demandante, los cuales si bien fueron pagados por la Cooperativa de Trabajo Asociado – Contralabor, tuvieron como fuente los dineros pagados por la E.S.E demandada por la prestación de los servicios contratados.

(iii) El servicio prestado, atendía a una función institucional del Hospital Santa Sofia y debía desarrollarse en el marco de los horarios, criterios y vigilancia de funcionarios de dicha E.S.E. como eran los médicos, jefes de enfermería y directos de la institución.

(iv) Los servicios eran prestados en horarios habituales y frecuentes asignados por la E.S.E. Hospital Santa Sofia.

Al analizar la prescripción de los créditos laborales reclamados, advirtió que para la fecha de emisión del acto administrativo demandado- no habían transcurrido 3 años desde la fecha de terminación de la relación laboral -31 de diciembre de 2012-, lapso que tampoco transcurrió desde la data de reclamación a la fecha de presentación de la demanda.

Corolario, ordenó que la accionada cancele en favor de la accionante los valores correspondientes a las prestaciones sociales y salariales que de conformidad con la normatividad pertinente recibía un auxiliar de enfermería, por los servicios prestados entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2012.

Frente a las pretensiones dirigidas al pago de los aportes en pensión señaló que la entidad demandada deberá efectuar los respectivos aportes patronales en dicho subsistema tomando como I.B.C. de la demandante el valor de los honorarios que le fueron cancelados, únicamente en el porcentaje que como empleador debió realizar, luego de hacer la liquidación de lo efectivamente cotizado y lo que se debió cotizar, con el fin de recomponer el índice base de liquidación pensional.

Respecto a la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías señaló que, pacíficamente la jurisprudencia ha advertido que el pago de dicha prestación solo se hace exigible a partir del momento en que se declara la existencia de la relación laboral, lo cual impide hablar de un pago tardío de estas.

Frente a la pretensión de indemnización por perjuicios morales concluyó que, no se arribó material probatorio alguno que determinara tal afectación en cabeza de la demandante, sin que esta pueda ser derivada en forma presunta o automática por la declaratoria de existencia de una relación de naturaleza laboral.

En lo que respecta a la solicitud de reintegro al cargo se advirtió que la figura de contrato realidad no tiene la virtualidad de otorgar la calidad de empleado público, por lo cual el restablecimiento del derecho en este tipo de procesos no puede extenderse a un reintegro pues la condición de reconocer la naturaleza laboral de la relación, no muta esta a un empleo público.

Señaló que, tampoco logró acreditarse la causación de un perjuicio cierto y directo que deba ser indemnizado, motivo suficiente para negar las solicitudes de indemnización por la terminación del contrato.

Respecto de los llamamientos en garantía señaló que, observadas las pólizas libradas por Seguros del Estado y la Aseguradora Solidaria de Colombia, estas tuvieron como objeto -entre otros- el cubrimiento del pago de emolumentos salariales derivados de los contratos suscritos por la E.S.E. demandada, por lo que la sentencia se constituye en el reconocimiento de una relación laboral que se incluye en los presupuestos contenidos en dichas pólizas, siendo obligación de las aseguradoras llamadas en garantía responder en virtud de lo pactado entre las partes y sobre el límite del monto asegurado, advirtiendo además que la solicitud se presentó una vez se tuvo conocimiento del hecho, esto es, la notificación personal del auto admisorio de la demanda, por lo que no operó la prescripción del contrato de seguro.

4. Recursos de apelación

4.1. La demandante

Formuló su oposición a la sentencia al argüir que se desconoció el estado de salud en el cual se encontraba y su disminución de la capacidad laboral -los cuales fueron probados. Que un empleador no puede despedir a un trabajador con limitaciones físicas, sensoriales o psíquicas sin que medie autorización del Ministerio del Trabajo, sin importar la modalidad contractual a través de la cual fue vinculado, so pena de que se declare la ineficacia del despido, se ordene el reintegro del empleado y se decrete el pago de una indemnización igual a 180 días de salario.

En virtud de lo anterior, solicitó modificar la sentencia de primera instancia ordenando el pago de las indemnizaciones reclamadas y el reintegro al cargo que desempeñaba. Igualmente, sin plantear otras aseveraciones insistió en que se debe conceder la indemnización por perjuicios morales reclamada.

4.2. La ESE Hospital Departamental Santa Sofia

Efectuó un recuento de la naturaleza jurídica de las E.S.E. con base en la cual manifiesta que estas deben operar con entes privados que prestan los mismos servicios, por lo que entre

alguno de sus esquemas de competencias han optado por reducir sus plantas de personal “a la mínima expresión” construyendo alianzas, contrataciones u outsourcing con terceros para la contratación de personal, así como la contratación por prestación de servicios.

Reitero símiles argumentos a los planteados en la etapa de contestación a la demanda, tales como el hecho de que la E.S.E. nunca contrató con la aquí demandante, siendo un tercero quien prestaba un servicio al hospital y vinculo a aquella para el efecto, entidad que en todo caso debía cumplir la normatividad de cooperativas de trabajo asociado prevista en la Ley 10 de 1990, y el Decreto 4588 de 2006.

Respecto a los elementos esenciales de la relación laboral señaló que, no puede hablarse de una prestación personal de servicio, pues insistió en que, en la planta de personal de la E.S.E. no existe el cargo de auxiliar de enfermería por lo que mal podría señalarse que la demandante prestó servicios en iguales condiciones al personal de planta; que el hospital nunca remuneró directamente a la demandante, ni dispuso ningún tipo de órdenes a ella, pues estos dos últimos elementos únicamente son predicables de la relación que se sostuvo entre la cooperativa de trabajo asociado y la demandante.

4.3. La llamada en garantía Seguros del Estado S.A.

Arguyó que el *a quo* ignoró por completo las condiciones particulares y generales de las pólizas expedidas por dicha aseguradora, pues no tuvo en cuenta que fueron expedidas para garantizar dos contratos estatales, contratos donde fungen como partes la Cooperativa de Trabajo Asociado -“Contralabor”- y el Hospital Santa Sofía; el primero de ellos como tomador/garantizado (contratista) y el segundo como asegurado/beneficiario (contratante). En tal sentido advirtió que los amparos de salarios y prestaciones en la Póliza 42-44-101052321 y salarios, prestaciones e indemnizaciones en la póliza 42-44-101045335, disponen que:

“El amparo de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones de naturaleza laboral, cubre a la entidad estatal asegurada, por los perjuicios que se le ocasionen, a raíz del incumplimiento de las obligaciones laborales a que este obligado el contratista garantizado. derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato amparado en el territorio nacional.” (Se subraya).

Así, las pólizas que dan base al llamamiento en garantía amparaban al asegurado (Hospital Santa Sofía) por los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de obligaciones laborales a cargo del contratista (Cooperativa de Trabajo Asociado – “Contralabor”).

Que en el presente asunto se declaró la existencia de una relación laboral directamente entre la señora Carmen Tulia Piedrahita Cardona y la E.S.E. Hospital Santa Sofía, situación que no encaja dentro de las condiciones de la póliza, pues en tan sentido las obligaciones laborales declaradas en la sentencia no existen en cabeza de la Cooperativa de Trabajo Asociado – “Contralabor”.

Adicionalmente señaló que, a efectos de computar la prescripción del contrato de seguro, el interesado tuvo conocimiento del siniestro desde el momento del despido de la

demandante, y de no aceptarse lo anterior, como mínimo tuvo conocimiento el 30 de diciembre de 2015 cuando la demandante presentó la petición frente al Hospital Departamental Santa Sofía, sin embargo, el *a quo* no analiza la argumentación desarrollada respecto de la prescripción, como tampoco, los argumentos referentes a que, a efectos de que una entidad estatal pueda reclamar a una aseguradora, esta debe emitir los actos administrativos pertinentes, lo cual en el presente caso no ocurrió.

4.4. La llamada en garantía Aseguradora Solidaria de Colombia S.A.

Señaló que la señora Carmen Tulia Piedrahita Cardona suscribió un contrato de prestación de servicios con la Cooperativa de Trabajo Asociado – “Contralabor” y por ende no existía un vínculo contractual entre la demandante y la E.S.E Hospital Departamental Santa Sofía ya que las funciones que esta realizaba dentro del hospital era las funciones propias estipuladas en el contrato, por tal motivo quien debería responder por algún tipo de reclamación debería ser directamente la cooperativa contratista, siendo esta última la única frente a la cual la demandante podría alegar la existencia de una prestación personal del servicio, remuneración o dependencia.

Igualmente, señaló que el aseguramiento que dio base al llamamiento en garantía corresponde a una póliza de responsabilidad civil de cumplimiento, el cual de conformidad con lo establecido en el artículo 10834 del Código de Comercio tiene interés asegurable la persona cuyo patrimonio se afecta con la realización del riesgo asegurado, así, la finalidad de la póliza es proteger el patrimonio del Hospital Departamental Santa Sofía De Caldas E.S.E. ante el incumplimiento de las obligaciones del afianzado Cooperativa de Trabajo Asociado -Contralabor”, por tanto, al no existir pretensiones en contra del afianzado, no habría incumplimiento contractual del mismo y no se generaría la existencia de siniestro.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

De conformidad con los argumentos de apelación propuestos, corresponde a la Sala determinar si: *¿Se acreditaron los elementos configurativos de una relación laboral entre la E.S.E. Hospital Santa Sofía y la señora Carmen Tulia Piedrahita Cardona?*

En caso afirmativo: *¿Hay lugar al reconocimiento de las indemnizaciones por despido sin justa causa o por razón de discapacidad reclamados por la parte actora o al reintegro o a la indemnización por perjuicios morales reclamada por la parte actora?*

¿Hay lugar a ordenar a las llamadas en garantía el reintegro de las sumas que deba cancelar la demandada en virtud de las pólizas expedidas?

2. Primer Problema Jurídico

2.1. Tesis del Tribunal

Se acreditaron los elementos configurativos de una relación laboral entre la E.S.E. Hospital Santa Sofía y la señora Carmen Tulia Piedrahita Cardona, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación laboral, sin que pueda pretenderse por dicha entidad encubrir la existencia de una verdadera relación laboral de la cual fue la beneficiaria final, a través de la tercerización de funciones propias de su objeto misional mediante la intervención de una cooperativa de trabajo asociado, esto en detrimento de los derechos laborales de las personas que prestan servicios a dicha E.S.E.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia: i) al marco normativo y jurisprudencial sobre el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades; el contrato de prestación de servicios y las cooperativas de trabajo asociado; para luego descender al ii) análisis del caso concreto.

2.2. Marco normativo y jurisprudencial³.

2.2.1. La primacía de la realidad sobre las formalidades.

La Constitución Política, en su preámbulo, asegura a sus integrantes *“la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que asegure un orden político, económico y social justo”*.

La anterior premisa fue desarrollada en los artículos 13 y 25 ibidem, según los cuales: i) Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y *“recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*; y, ii) se garantiza el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, el cual surge como uno de los valores y propósitos del Estado al ser consagrado en el Preámbulo de la Constitución con particular importancia.

Como sustento de lo anterior, el artículo 53 consagró el principio de la *“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*, como aquella garantía de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado.

La finalidad de este articulado es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley.

Desde tiempo atrás, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.)⁴, expresamente consagró en su Preámbulo el *“reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor”* premisa que se fundamentó en el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT⁵ al señalar que: *“todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las*

³ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 16 de agosto de 2018, Radicación número: 19001-23-31-000-2006-01070-01(1007-12)

⁴ Aprobada en 1919

⁵ Aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967

prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”.

Dicho Convenio es fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: *“los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”*, cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Constitución Política.

2.2.2. El contrato de prestación de servicios

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 regula el contrato de prestación de servicios en los siguientes términos:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

[...]

3. Contrato de Prestación de Servicios. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

Las expresiones *“no puedan realizarse con personal de planta o”* y *“en ningún caso... generan relación laboral ni prestaciones sociales”*, fueron revisadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997, en la que precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, de la siguiente forma:

“3. Características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo.

“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

“a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

“El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener

también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley."

"b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

"Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

"c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

"Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

"Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

"Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que

cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

“En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.”

De conformidad con lo expuesto, se concluye que: i) a trabajo igual salario igual, ii) la relación laboral se estructura ante la presencia de los elementos legalmente establecidos en la regulación laboral -C.S.T.-; iii) es válido suscribir contratos de prestación de servicios, porque así lo autoriza el artículo 32, numeral 3º de la Ley 80 de 1993⁸ y, iv) a pesar de lo expuesto, estos contratos deben celebrarse dentro del término estrictamente necesario, dada su naturaleza temporal, pues si la administración desborda tales presupuestos se estructura el denominado “contrato realidad”.

2.2.3. Cooperativas de trabajo asociado, intermediación laboral y el contrato realidad

La Ley 79 de 1988, “Por la cual se actualiza la legislación cooperativa”, en su artículo 80, preceptúa que las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus socios para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, puesto que son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía; su objeto social es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno.

Como lo ha señalado el Consejo de Estado, las cooperativas de trabajo asociado no podrán ser utilizadas para desconocer la existencia de verdaderas relaciones laborales, pues dentro de su regulación específica **se establece** que el asociado que sea enviado por la cooperativa o precooperativa de trabajo asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, se considerará trabajador dependiente de la que se beneficie con su trabajo, pues dichas empresas no podrán actuar como mediadores de intermediación laboral, en efecto dicha corporación ha advertido⁶:

“En la práctica, el trabajo asociado en algunos casos se ha utilizado como instrumento para escapar a la legislación laboral y así eludir las obligaciones para con los trabajadores dependientes o subordinados. Por ello, el Legislador consagro la prohibición de que las Cooperativas de Trabajo Asociado actúen como empresas de intermediación laboral, dispongan del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o terceros

⁶ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección A, fallo de 27 de abril de 2016, expediente 66001-23-31-000-2012-00241-01 (2525-14).

beneficiarios, remitan a los asociados como trabajadores en misión con la finalidad de que atiendan labores propias de un usuario o tercero beneficiario del servicio, o permitan que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes; y como consecuencia, estableció que el asociado que acuda a estas prácticas se considerara trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo.

De tal manera que el tercero contratante, la Cooperativa y sus directivos serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas generadas a favor del trabajador asociado. Sin perjuicio de que queden incursas en causal de disolución y liquidación y que les sea cancelada la personería jurídica.”

Por su parte, la Corte Constitucional, en fallo T-442 de 13 de julio 2017⁷, reiteró:

“[S]i durante la ejecución del contrato de trabajo asociado, la cooperativa de trabajo asociado infringe la prohibición consistente en que estas organizaciones solidarias no pueden actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de sus asociados para suministrar mano de obra a terceros beneficiarios, o admitir que respecto de sus asociados se susciten relaciones de subordinación, se debe dar aplicación la legislación laboral, y no la legislación civil o comercial porque bajo estas hipótesis confluyen elementos esenciales que dan lugar a la existencia de un contrato de trabajo simulado por el contrato cooperativo⁸”.

En tal sentido, el Consejo de Estado en providencia del 30 de septiembre de 2021, reiteró que habrá lugar a la aplicación de la figura del contrato realidad cuando en el marco de relaciones de apariencia meramente contractual, entre entidades públicas y cooperativas de trabajo asociado se pretenda enmascarar relaciones de verdadera naturaleza laboral, esto al señalar:

“Así las cosas, se concluye que se defrauda la finalidad con la que se creó este tipo de asociaciones cuando, a través del funcionamiento de una cooperativa de trabajo asociado, se encubre el desarrollo de relaciones de labor dependiente, es decir, cuando el cooperado presta sus servicios con el propósito de atender funciones propias de un tercero beneficiario bajo los tres elementos del contrato de trabajo, cuales son: (i) prestación de un trabajo o una labor en forma personal, (ii) subordinación y (iii) contraprestación por la función desarrollada.

...

Sobre este punto vale la pena recordar que, de conformidad con el marco jurídico de este fallo, resulta reprochable cuando las entidades públicas contratan a un tercero para que a su vez vincule a personas naturales que prestan sus servicios en tales instituciones bajo el disfraz de relaciones contractuales o comerciales, cuando lo cierto es que en la práctica se configuran los elementos de la relación laboral. Para llegar a esta conclusión, debe probarse tanto el vínculo de la persona natural con el denominado tercero como el de este con la entidad pública, con lo cual se estructura la relación triangular que resulta ser cuestionable por esta jurisdicción, además del desconocimiento de las exigencias y reglas legales que prevén las normas en la materia.

⁷ M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁸ **Cita de cita:** Ver, entre otras, las sentencias: T-286 de 2003, T-445 de 2006, T-504 y 962 de 2008, T-484 de 2013 y T-531 de 2015.

...

el objeto social de las cooperativas de trabajo asociado es «el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno. En sus estatutos se deberá precisar la actividad socioeconómica que desarrollarán, encaminada al cumplimiento de su naturaleza, en cuanto a la generación de un trabajo, en los términos que determinan los organismos nacionales e internacionales, sobre la materia». Sin perjuicio de ello, las normas que regulan la materia y la jurisprudencia que la han desarrollado han sido enfáticas en las prohibiciones de (i) enviar a un asociado a que preste servicios a una persona natural o jurídica, por lo que se considerará trabajador dependiente de la que se beneficie con su trabajo, y (ii) fungir como empresas de intermediación laboral o disponer del trabajo de sus asociados para suministrar mano de obra temporal, enviarlos como trabajadores en misión o permitir que se generen relaciones de subordinación y dependencia con los contratantes.

Las anteriores prohibiciones fueron desatendidas por la cooperativa a la que se encontraba vinculada la demandante, en la medida en que esta, en su calidad de asociada, prestó sus servicios como instrumentadora quirúrgica en las instalaciones de la ESE Hospital Rosario Pumarejo de López de Valledupar (Cesar), actuación de la que se derivó una relación de subordinación y dependencia, de lo que surgió un vínculo laboral.

En ese entendimiento, carece de asidero jurídico afirmar que la prestación del servicio desde el 24 de agosto de 2012 hasta el 9 de mayo de 2013 se desarrolló en virtud del convenio individual de ejecución con dicha asociación, toda vez que se probó la existencia de la relación laboral entre la accionante y la ESE demandada y, por ende, se desnaturalizó aquel acuerdo.

Agrégase a lo anterior, que si bien el artículo 13 del Decreto 4588 de 2006 dispone que la vinculación entre los trabajadores asociados y las cooperativas es de naturaleza cooperativa y solidaria, ello no es óbice para que tal situación pueda ser desvirtuada, como en el presente asunto en el que se demostró la existencia de una relación laboral.

...

Por consiguiente, se defraudó la finalidad con la que se creó dicho tipo de asociaciones, puesto que con el funcionamiento de la Asociación Darsalud AT se encubrió el desarrollo de la relación laboral surgida entre la ESE Rosario Pumarejo de López y la demandante, toda vez que esta prestó sus servicios con el único propósito de atender funciones propias de la entidad (prestación del servicio de salud) bajo los elementos del contrato de trabajo. Lo mismo ocurre con el contrato de trabajo a término fijo que aquella firmó con la Empresa de Servicios Temporales Recurso Express ETS, pues con él se disfrazó que las labores serían realmente desempeñadas en el ente de salud, al propio tiempo que desconoció el objetivo de esa clase de empresas que no es otro que colaborar temporalmente en desarrollo de las actividades de la usuaria.“

En tal sentido, si se demuestra la existencia de los elementos esenciales de una relación laboral entre la entidad demandada y la demandante, no será óbice para la declaración de su existencia el hecho de que haya existido una relación “triangular” a través de terceros tales como cooperativas de trabajo asociado, pues ello no desvirtúa la existencia de una relación laboral cuyo beneficiario final no fue otro que la respectiva entidad pública.

2.2.4. Elementos propios de la relación laboral

El Código Sustantivo de Trabajo en sus artículos 23 y 24 estableció los elementos para estructurar una relación laboral, así: i) La actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia *“del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al País”*; y iii) un salario como retribución del servicio.

Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021⁹ retomando los desarrollos jurisprudenciales previos sobre estos elementos, los condesó bajo los siguientes parámetros:

Sobre el elemento de la prestación personal del servicio señaló que, el mismo puede ser identificado, en tanto *“Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este¹⁰; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas”*.¹¹

En lo referente a la subordinación o dependencia dicha providencia señaló una serie de situaciones indicativas de su existencia y que deben ser valoradas a la luz de cada caso particular, que se sintetizan así:

*“104. i) **El lugar de trabajo.** Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.*

*105. ii) **El horario de labores.** Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.*

*106. iii) **La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.** Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de*

⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

¹⁰ **Cita de cita:** Código Sustantivo del Trabajo, literal b) del artículo 23: [Es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo] «La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo».

¹¹ **Cita de cita:** Al respecto, véase, entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

disciplina o del ius variandi, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

107. iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral. El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo”.

Finalmente, sobre la existencia de remuneración por las actividades desarrolladas precisó que *“Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado.”*

De conformidad con lo expuesto, se concluye que la denominada figura del contrato realidad en aplicación del principio de realidad sobre las formas debe ser aplicada en aquellos asuntos en que se presenten los tres elementos esenciales de la relación laboral (prestación personal, remuneración y subordinación o dependencia).

Ahora bien, cabe resaltar que los referidos elementos en casos como el analizado en el *sub lite* no tienen que presentarse en forma directa con la entidad pública demandada, pues como se advirtió en precedencia tales elementos pueden darse a través del tercero que intervino en la relación laboral y por medio del cual se pretendió enmascarar la realidad laboral de los servicios que finalmente recibió la entidad pública, sobre este particular el H. Consejo de Estado ha señalado:

“Por otra parte, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido la posibilidad de que la vinculación no sea directa entre la entidad contratante y la persona contratista, sino que en ella medie un tercero, ya sea por efecto de la tercerización¹² o de la intermediación laboral¹³.

¹² **Cita de cita:** La tercerización laboral ha sido definida como la subcontratación de producción de bienes o de prestación de servicios y supone que esta se ejecute en un marco de dirección y control a cargo de la parte contratista, con sus propios medios, trabajadores y patrimonio, a favor del contratante.

¹³ La intermediación laboral tiene como fin la prestación de servicios personales por parte de trabajadores de un contratista y a favor, directamente de un contratante. Se trata por lo tanto, del envío de trabajadores en misión

No obstante, tanto la Corte Constitucional¹⁴ como este órgano colegiado, en su calidad de Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹⁵, han sostenido, en el caso de las empresas sociales del Estado, la potestad de contratación a ellas conferida, para operar mediante terceros, sólo puede llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas no puedan ejecutarse por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados”

2.3. Análisis caso concreto

A continuación se analizará si conforme a las pruebas aportadas, los referidos elementos esenciales de la relación laboral se encuentra acreditados.

2.3.1. Prestación personal

En el escrito de la demanda, se relata que la señora Carmen Tulia Piedrahita Cardona trabajó para la entidad demandada desde el 1º de enero de 2008 hasta el 31 de julio de 2012. De conformidad con la prueba documental aportada se encuentra acreditado que, entre la E.S.E. Hospital Santa Sofia y la Cooperativa de Trabajo Asociado – Contralabor se ejecutaron los siguientes contratos ejecutados de forma continua e ininterrumpida, así:

No. de Contrato	Extremos Temporales
CP-007-08 ¹⁶	Del 01/01/2008 al 31/12/2008
CP-021-09 ¹⁷	Del 01/01/2009 al 31/12/2009
CP-009-10 ¹⁸	Del 01/01/2010 al 31/12/2010
CP-019-11 ¹⁹	Del 01/01/2011 al 31/12/2011
CSS-004-12 ²⁰	Del 01/01/2012 al 30/09/2012
CSS-221-12 ²¹	Del 01/10/2012 al 31/12/2012

El objeto pactado en los referidos contratos consistía en el suministro de personal especializado para la prestación de diferentes tareas, entre ellas las de auxiliar de enfermería, contratos que en términos generales señalaron:

“CLAUSULA SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: 1) Utilizar en la ejecución de este contrato, asociados idóneos y capacitados, que atenderán las normas, políticas, protocolos y guías de manejo institucionales, bajo los preceptos de la ética

para prestar servicios a empresas o instituciones. En Colombia es una actividad propia de las Empresas de Servicios Temporales y puede ser gratuita u onerosa, aunque siempre será gratuita para el trabajador; y se encuentre prohibida su prestación por parte de Cooperativas y Precooperativas, al igual que para Empresas Asociativas de Trabajo y los Fondos Mutuales o similares.

¹⁴ **Cita de cita:** En la sentencia de constitucionalidad C-171 de 2012.

¹⁵ **Cita de cita:** Ver sentencia del 30 de marzo de 2017 de la Sección Segunda, Subsección B, con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicación 25000-23-25-000-2008-00137-01 (0727-13).

¹⁶ Cuaderno principal, folios 179-213.

¹⁷ Folios 233-272, *ibidem*.

¹⁸ Folios 356-380, *ibidem*.

¹⁹ Folios 468-511, *ibidem*.

²⁰ Folios 581-658, *ibidem*.

²¹ Folios 692-730, *ibidem*.

médica y bioética, que cumplan con los servicios contratados y los procedimientos establecidos de acuerdo al requerimiento del HOSPITAL... 2) Presentar a los asociados al HOSPITAL, mediante nota escrita, especificando nombres y apellidos, especialidad área de servicio y fecha de reporte, así mismo con su hoja de vida en medio magnético. (...)

PARÁGRAFO PRIMERO: Los valores que pagará el Hospital, corresponden a la prestación de servicios de tiempo completo, entendiendo por tal para los niveles técnico y auxiliar, JORNADAS DE 48 HORAS SEMANALES y para el nivel profesional y especializado, JORNADAS DE 44 HORAS SEMANALES, O PROPORCIONALES POR TIEMPO SERVIDO CUANDO LA JORNADA FUESE INFERIOR.

PARÁGRAFO SEGUNDO: En caso de generarse la necesidad de jornadas adicionales a las establecidas, estas deberán ser reportadas por las personas autorizadas para tal fin, dentro de las 24 horas siguientes, o al siguiente día hábil si se tratare de un fin de semana, surtiendo el trámite correspondiente para su respectiva liquidación durante la vigencia que corresponda, en ningún momento éstas serán acumulables en el tiempo (...). (Se resalta)

Como puede verse, la entidad aquí demandada suscribió un contrato con la Cooperativa de Trabajo Asociado – Contralabor, imponiendo en su objeto que el personal suministrado por esta última debía corresponder a “asociados idóneos y capacitados” disponiendo además que la cooperativa identificara a dichos trabajadores, “especificando nombres y apellidos, especialidad área de servicio y fecha de reporte, así mismo con su hoja de vida en medio magnético”, lo que denota que la E.S.E. Hospital Santa Sofía de Caldas sí exigió una prestación personal del servicio de los trabajadores, situación que además es evidente por simples conclusiones de reglas de experiencia y sana crítica, pues un servicio como el requerido por la E.S.E. demandada, en lo que respecta a funciones de enfermería, no podría prestarse sin exigir una prestación personal del servicio por parte del respectivo auxiliar contratado a través de la cooperativa.

Igualmente se encuentra acreditado que, dentro de la multiplicidad de personal que fue suministrado por la Cooperativa de Trabajo Asociado – Contralabor²², se contrató a la señora Carmen Tulia Piedrahita Cardona para la prestación de servicios como auxiliar de enfermería, situación que se constató en los respectivos documentos contractuales denominados “presentación de cuentas del personal asistencia” y en las diferentes planillas de pagos por concepto de seguridad social, emitidos por la Cooperativa Contralabor para cada uno de los contratos, documentos que dan cuenta que la señora Piedrahita Serna desempeñó las funciones de auxiliar de enfermería al servicio de la E.S.E. demandada en el marco de la ejecución de todos los contratos celebrados entre dichas entidades y que se mantuvieron entre el 1° de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2012.

²² Véase contenido de los contratos previamente citados, donde se advierte que se suministrará personal tal como, “Agente Centro de Contacto, Auxiliar Administrativo, Auxiliar de Laboratorio, Auxiliar de Farmacia, Analista Administrativo, Analista de cuenta, Agente Líder Centro de Contacto, Secretaria Ejecutiva, **Auxiliar de Enfermería**, Técnico Administrativo, Técnico Asistencial, Tecnólogo en Sistemas, Tecnólogo en RX, Profesional Universitario, Profesional Coord. Área, Químico Farmacéutico, Médico General, Asesor Jurídico, Médico General UCI y Diabetólogo, Profesional Especializado, Médico Especialista.”

Cabe destacar igualmente que, la demandante acreditó su vinculación a la Cooperativa de Trabajo Asociado -Contralabor- según convenio de asociación celebrado, al igual que la respectiva comunicación emitida por dicha cooperativa manifestando la terminación de las actividades asignadas como auxiliar de enfermería a partir del 31 de diciembre de 2012²³.

Adicionalmente, los testimonios rendidos al interior del presente asunto por las señoras Gleidy Rivera Hernández y Marcela Cardozo Muñoz²⁴ coincidieron al advertir que, conocieron de primera mano las labores prestadas por directa y personalmente por la señora Carmen Tulia Piedrahita Cardona como auxiliar de enfermería en distintas dependencias del Hospital Santa Sofia E.S.E.

Finalmente, cabe destacar que el Hospital Santa Sofia E.S.E. por modo alguno ha desconocido el hecho de que la aquí demandante prestó sus servicios entre el 1° de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2012 en sus instalaciones y dependencias, limitando su oposición a la reiterada manifestación de que la contratante de tales labores fue la ya mencionada cooperativa de trabajo asociado; argumento que no puede ser de recibo como se ha venido advirtiendo en precedencia pues, indistintamente de que la relación laboral haya sido enmascarada por medio de un tercero, como en este caso, a través de una cooperativa de trabajo asociado, ello no desvirtúa que la demandante prestó su servicio personal y que el receptor final de tales servicios fue la E.S.E. demandada.

2.3.2. Remuneración

Con faro en los mismos derroteros previamente señalados, se encuentra acreditado que, para los servicios que fueron prestados por la demandante se pactó una remuneración mensual, lo cual igualmente se encuentra corroborado en los documentos contractuales denominados "*presentación de cuentas del personal asistencia*" y en las diferentes planillas de pagos por concepto de seguridad social, emitidos por la Cooperativa Contralabor, pagos que precisamente tienen su génesis en los valores pactados por la E.S.E. demandada en los distintos contratos suscritos con dicha cooperativa para cada uno de los tipos de trabajadores suministrados por la cooperativa; tal como se vislumbra, por ejemplo, en el contrato CP-07-08:

Denominación del Cargo	Valor Giro
Agente Centro de Contacto	905.823
Auxiliar Administrativo	905.823
Auxiliar de Laboratorio	905.823
Auxiliar de Farmacia	1.006.470
Analista Administrativo	1.006.470
Analista de cuenta	1.006.470
Agente Líder Centro de Contacto	1.006.470
Secretaria Ejecutiva	1.142.447
Auxiliar de Enfermería	1.142.447
Técnico Administrativo	1.341.960

²³ Ver, Cuaderno principal, folios 28 y 29.

²⁴ Ver. Expediente digital, archivo "05AudienciaPruebas".

...	...
-----	-----

Cabe reiterar, lo señalado en el acápite anterior, en el cual se advirtió cómo la jurisprudencia del Consejo de Estado ha destacado que, para asuntos como el *sub iudice* no importa que la remuneración haya sido cancelada a través de terceros como es el caso de las cooperativas de trabajo asociado, pues nuevamente se reitera la regla de comprobar que el beneficiario final del servicio no fue otro que la entidad pública receptora del servicio, sumado a que los propios documentos contractuales permiten concluir sin dubitación que los recursos que remuneraron el servicio de la demandante no tenían origen distintivo que el presupuesto de la propia E.S.E. demandada, quien convino directamente con la cooperativa los valores que debían ser cancelados por la remuneración entre otros, de las labores de auxiliar de enfermería.

2.3.2. De la subordinación o dependencia en el desarrollo de las labores contratadas.

La accionada ha manifestado que, la subordinación en el desarrollo de las labores de la demandante, se dio por parte de la Cooperativa de Trabajo Asociado -Contralabor-, empero, no ha negado por modo alguno la naturaleza intrínsecamente subordinada de las funciones que desarrolló la demandante como auxiliar de enfermería.

Por lo anterior, se impone reiterar la posición expuesta por el Consejo de Estado y con base a la cual se desarrolló el acápite anterior de este proveído, esto es, la noción de que en asuntos en que se acuda a un tercero pretendiendo enmascarar una relación laboral, los elementos que denotan su existencia pueden identificarse plenamente en cabeza de la entidad pública demandada o incluso respecto del tercero -cooperativa, empresa de servicios temporales- sin que ello sea óbice para declarar la existencia de la relación laboral.

En tal sentido, para analizar la existencia de subordinación se tendrán en cuenta, los criterios esbozadas en la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021, líneas atrás citada, sobre las situaciones indiciarias de la existencia de la subordinación y que además, dada la naturaleza de las actividades que desempeñan los profesionales de la salud, tales como galenos, enfermeras o auxiliares de enfermería, existe una suerte de subordinación intrínseca que es propia a este tipo de oficios, por lo que, la carga probatoria frente a este elemento de la relación laboral es menos exigente.

Al respecto, el Consejo de Estado hapreciado que: *“es ínsita al objeto misional de una entidad prestadora de servicios de salud que, además, constituye una función pública a cargo y/o bajo la vigilancia del Estado, genera que sea menos exigente la demostración del elemento subordinación, tal y como acontece con el servicio docente, más aún cuando el servicio no ha sido contratado de manera transitoria o excepcional”*.²⁵

2.3.2.1. Indicios derivados de la existencia de un horario de trabajo y el lugar de desarrollo de las actividades

²⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 24 de junio de 2015, Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00067-01 (3038-13).

Al respecto el Consejo de Estado²⁶ ha precisado que, normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista, o un sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades no implican necesariamente, que exista subordinación laboral, pero pueden ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, lo cual deberá ser valorado en función del objeto contractual convenido.

En el caso concreto, uno de los aspectos comunes a los contratos celebrados entre la E.S.E. Hospital Santa Sofia y la Cooperativa de Trabajo Asociado -Contralabor- es que se pactó el suministro de personal *“que atenderán las normas, políticas, protocolos y guías de manejo institucionales, bajo los preceptos de la ética médica y bioética, que cumplan con los servicios contratados y los procedimientos establecidos de acuerdo al requerimiento del HOSPITAL”*, siendo claro que, desde la etapa de concertación contractual misma con dicha cooperativa se advirtió que la E.S.E. definiría las normas, políticas, protocolos y procedimientos que debían ser atendidos por el personal que fuese suministrado, entre ellos, la demandante.

De otra parte, las pruebas testimoniales advirtieron -sin que sea objeto de oposición alguna- que la demandante, al igual que la generalidad del personal que desempeñaba funciones afines prestaban de los servicios en turnos, en determinadas áreas de atención del Hospital Santa Sofia E.S.E, para el caso de la demandante en el área de quirófanos y posteriormente en laboratorio.

Adicionalmente desde la demanda y como se relató en la prueba testimonial recaudada frente al lugar de prestación del servicio por parte de la señora Carmen Tulia Piedrahita Cardona, no existe dubitación alguna en que la demandante prestó sus servicios en las instalaciones del Hospital Santa Sofia, según la disposición de turnos asignada por la institución, lo cual es apenas lógico pues no sería posible prestar los servicios de auxiliar de enfermería de dicha E.S.E. en lugar diferente a sus instalaciones y en horarios libremente definidos por la demandante.

De conformidad con lo expuesto, se encuentra acreditado que la señora Piedrahita Cardona cumplió las funciones del objeto contractual suscrito entre la E.S.E. demandada y la Cooperativa de Trabajo Asociado - Contralabor, en las instalaciones de la contratante y en el lugar y horario indicado por la entidad contratante, lo cual era necesario atendiendo la naturaleza de las funciones realizadas por la demandante, como auxiliar de enfermería, lo cual si bien no implica necesariamente que exista subordinación, pero en concordancia con los demás elementos reseñados permiten completar un panorama de subordinación y dependencia en la prestación de sus labores.

2.3.2.2. Indicios de dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar más allá de la simple coordinación.

²⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021.

Al respecto el Consejo de Estado²⁷ ha precisado que, la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar, bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia del elemento de la subordinación, en la medida en que se demuestre que, la contratante ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que se llevó a cabo el cumplimiento del objeto contractual.

En el caso concreto, la testigo Marcela Cardozo Muñoz, quien se desempeñó en funciones similares a la demandante -con otra cooperativa- relató que, la función de las auxiliares de enfermería no era otra que la de asistir a los médicos cirujanos y anestesiólogos de la institución, atendiendo a los requerimientos que estos impartiesen en el marco de la atención médica prestada por la E.S.E. demandada, igualmente atendiendo las directrices de médicos y enfermeras jefe en las áreas de recuperación de los pacientes.

De otra parte, la testigo Gleidy Rivera Hernández relató como en caso de requerir algún tipo de permiso o de rendir alguna justificación por la imposibilidad de asistir a sus labores algún día, las auxiliares de enfermería contratadas a través de diferentes cooperativas debían manifestar estas situaciones a los jefes de quirófano, quienes coordinadamente con la cooperativa disponían la concesión de los permisos y la programación de turnos a otros empleados que cumplieren las funciones.

Las declaraciones son claras y coincidentes en señalar que, la demandante desarrolló sus funciones como auxiliar de enfermería al servicio de la E.S.E. demandada, bajo la dirección y control efectivo tanto de las enfermeras jefe y de los médicos de esa entidad, como de los encargados de la Cooperativa de Trabajo Asociado, recordando nuevamente, que dicha subordinación a efectos de determinar la existencia de la relación laboral puede provenir del beneficiario directo del servicio como del tercero que intervino en la mediación laboral, sin que lo uno o lo otro cambie la respectiva conclusión de existencia de la relación laboral, menos aún, en este asunto en que se ha demostrado que tanto la E.S.E. Hospital Santa Sofía, como la Cooperativa de Trabajo Asociado -Contralabor- ejercieron subordinación en forma conjunta frente a la demandante en la prestación de los servicios como auxiliar de enfermería que aquella desempeñaba.

Adicionalmente, como se indicó en precedencia, en los referidos contratos se establecieron unas obligaciones a cargo de la contratista, que constituyen indicios de dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar por parte de la entidad contratante, que van más allá de la simple coordinación de actividades, advirtiendo que el personal suministrado por la cooperativa debía atender las normas, políticas, protocolos, guías de manejo institucionales, y demás procedimientos establecidos por la E.S.E. lo que denota que en ningún momento se trató de un servicio que pudiese ser prestado con independencia técnica por parte de la demandante.

²⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021.

Como puede verse, existen bastantes elementos indicativos de que la entidad contratante realizaba constantes y permanentes actividades de control, vigilancia, imposición o seguimiento a las actividades desarrolladas por la demandante, las cuales sobrepasan lo que podría catalogarse como una simple coordinación de actividades.

2.3.2.3. Indicios referentes al desarrollo de actividades misionales de la entidad Contratante y vocación de continuidad

Al respecto el Consejo de Estado²⁸ ha señalado que, si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración y si la tarea acordada no corresponde a actividades nuevas, que no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, se desdibuja la relación contractual.

De acuerdo con el texto de los contratos suscritos por la E.S.E. Hospital Santa Sofia dicha institución *“el Objeto de la Empresa... es la prestación de servicios en salud, del tercer y cuarto nivel de atención en aplicación del principio de la complementariedad, y subsidiariamente el I y II nivel de atención”*.

Como se advirtió en los acápite anteriores, se tiene que, la señora Carmen Tulia Piedrahita Cardona fungió como auxiliar de enfermería al servicio de la E.S.E., desempeñando labores tales como, asistencia en quirófano y cuidado del paciente; las cuales corresponden al desarrollo de actividades misionales y permanentes de la entidad contratante consistentes en la prestación de servicios de salud.

En línea con lo anterior, no se presenta justificación alguna para que la E.S.E. Hospital Santa Sofia vinculara a la señora Piedrahita Cardona para la ejecución de esas actividades misionales y permanentes, mediante la contratación externa a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado – “Contralabor” en forma continua por cinco años; situación extraordinaria de contratación que, como se advirtió líneas arriba, debe apuntar al desarrollo de labores ocasionales, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, mas no una conducta permanente de la entidad pública en desmedro de las garantías laborales del personal que cumple las misiones funciones misionales y permanentes de la institución.

Así, se tiene que, la contratación de señora Piedrahita Cardona a través de continuos contratos suscritos con la Cooperativa de Trabajo Asociado – “Contralabor” para suplir la ejecución de actividades misionales y permanentes de la contratante, que se extendieron por cinco años, desvirtúa esta vocación transitoria o accidental que debe caracterizar a este tipo de formas de contratación de personal.

2.3.2.4. Conclusión

²⁸ Entre otras: Consejo de Estado, sentencia de 3 de marzo de 2011. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad 15001-23-31-000-1999-02528-01(0693-10). Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección "A" M.P.: Alfonso Vargas Rincón Rad.: 68001231500020020210401 (0233-08)

Las situaciones descritas, esto es: i) el objeto de los contratos de prestación de servicios, ii) las obligaciones de la demandante, iii) la sujeción a un horario laboral, iv) que las actividades desarrolladas por aquella son inherentes a la misión y función permanente de Assbasalud, v) que tales actividades se realizaron con sujeción a las órdenes y directrices impartidas por las jefes de enfermería o los galenos encargados de la atención médica, que sobrepasaron lo que lógicamente podría catalogarse como una simple coordinación entre contratante y contratista; y vi) las condiciones de permanencia y continuidad de las labores por cinco años; son indicativas de la existencia de subordinación y dependencia de la señora Carmen Tulia Piedrahita Cardona respecto de la entidad demandada, incluso aunque estas hayan sido disfrazadas con la mediación de una cooperativa trabajo asociado.

Por lo tanto, no son de recibo los argumentos propuestos por la entidad accionada al señalar que, en este asunto no se dieron los elementos de una relación laboral o que, de haberse dado, estos se presentaron respecto de la cooperativa de trabajo asociado, pues como se advirtió en precedencia no puede pretenderse por las entidades públicas ocultar la existencia de una relación laboral mediante la contratación con intermediario, como en el caso *sub lite* con una cooperativa de trabajo asociado.

En consecuencia, al estar acreditada la prestación personal del servicio, la remuneración, y la subordinación, se concluye que, existió una verdadera relación laboral entre la E.S.E. Hospital Santa Sofía y la señora Carmen Tulia Piedrahita Cardona, que fue enmascarada mediante la celebración de contratos con un tercero, esto es, la Cooperativa de Trabajo Asociado - Contralabor.

3. Segundo problema jurídico *¿Hay lugar al reconocimiento de las indemnizaciones por despido sin justa causa o por razón de discapacidad o al reintegro a las labores que desempeñaba o a la indemnización por perjuicios morales?*

3.1. Tesis del Tribunal

No hay lugar a ordenar las indemnizaciones reclamadas, ni el reintegro al cargo deprecado, pues la declaratoria de existencia de una relación laboral bajo la denominada figura de contrato realidad, no le confiere a la demandante derechos laborales más allá del reconocimiento de las prestaciones sociales y aportes pensionales. Ello aunado, a que respecto de la especial indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y de los perjuicios morales no se acreditaron los elementos mínimos para su procedencia.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia al marco jurídico sobre el alcance del reconocimiento de la existencia de una relación laboral frente a entidades públicas en aplicación de la figura del contrato realidad para descender al análisis en el caso concreto.

3.2. Alcance del reconocimiento de la existencia de una relación laboral y análisis del caso concreto

En la ya citada sentencia de unificación jurisprudencial del 9 de septiembre de 2021, el Consejo de Estado ha reiterado la postura pacífica que había sido desarrollada para los asuntos de contrato realidad, en lo que respecta a los efectos de la declaratoria de existencia

de una relación de naturaleza laboral, destacando que lo anterior, conlleva a un reconocimiento equivalente a las prestaciones sociales que no le fueron reconocidas al demandante en dado el ocultamiento de su labor, bajo la calidad de contratista o aquella que haya sido utilizada, sin que tal reconocimiento se extienda a ningún tipo de garantía de acceso o permanencia en el empleo público, en efecto dicha corporación ha señalado:

“228. No obstante lo expuesto, la Sala debe recordar que, sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la apariencia del contrato de prestación de servicios, este solo hecho de estar vinculado no le otorga la calidad de empleado público, puesto que, como lo ha reiterado esta corporación, para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión.”

Bajo esta misma intelección en sentencia del 18 de marzo de 2021, la citada corporación ha destacado la improcedencia de la figura indemnizatoria por despido injustificado al señalar que, la misma se torna improcedente en asuntos de contrato realidad, por la inexistencia de una relación legal y reglamentaria que permita su aplicación, así señaló:

“[A]l actor le asiste el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales de carácter legal que devenga, en este caso, un instructor de planta del Sena, tales como vacaciones, primas, bonificaciones, cesantías y las reconocidas por el sistema integral de seguridad social, mas no podrán reconocérsele aquellas extralegales, por cuanto comportan un beneficio para los empleados públicos, condición de la que él carece. En ese sentido, le corresponderá a la entidad accionada al momento de cumplir la condena impuesta en este fallo, determinar las prestaciones sociales que serán objeto de liquidación a favor del actor. Frente a la sanción moratoria deprecada, no hay lugar a tal reconocimiento, toda vez que a partir de esta sentencia surge la obligación del pago de las prestaciones al beneficiario, por lo que no es viable acceder a esa pretensión. Por último, respecto de la indemnización por despido injusto no hay lugar a su cancelación en la medida en que, como se dejó anotado en precedencia, en el sub lite no estamos ante una relación legal y reglamentaria.”²⁹

Ahora cabe destacar que, indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 señala que esta será procedente respecto de *“...quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior...”*.

Con base en lo expuesto, no puede pretenderse por la parte actora que en razón de la situación irregular que se dio con la administración, esta obtenga la prerrogativa de mantenerse en el servicio público indefinidamente con base a una orden de reintegro derivada de la aplicación de la figura del contrato realidad.

Tampoco son de recibo los argumentos planteados por la actora al señalar que dicha indemnización debe ser reconocida por el mero hecho de demostrar que contaba con una afectación de salud al momento en que fue terminada la relación laboral, pues para efecto

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 18 de marzo de 2021. Radicado No. 23001-23-33-000-2016-00147-01(2420-19), M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

de esto, no basta con demostrar la existencia de la afectación psicofísica, sino que debió acreditarse que su despido tuvo como causa dicho estado, motivación respecto de la cual fue nula la actividad probatoria e incluso argumentativa. Por el contrario, se acreditó que la terminación del vínculo laboral obedeció a la finalización del contrato civil entre el Hospital Santa Sofía y la Cooperativa de Trabajo Asociado - Contralabor.

Finalmente, se advierte que la parte actora insiste en su alzada en el reconocimiento de la suma de 100 S.M.L.M.V. que reclama por concepto de los perjuicios morales que aduce fueron causados a la demandante por la terminación de la relación laboral, empero, no aduce ante esta instancia ninguna oposición concreta a las razones que fundamentaron la negativa de dicha pretensión por parte del *a quo*, además que no es procedente su reconocimiento basado en una presunción por las afectaciones extrapatrimoniales que podría padecer una persona que pierde su empleo.

Al respecto, el Consejo de Estado ha precisado que, los perjuicios extrapatrimoniales deben ser demostrados por la parte que alega su existencia, -sin perjuicio de algunos eventos en que jurisprudencialmente se ha aceptado su presunción-, así:

“Por regla general, a la parte interesada le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho. Es este postulado un principio procesal conocido como ‘onus probandi, incumbit actori’ y que de manera expresa se encuentra previsto en el artículo 177 del C.P.C. Correlativo a la carga del demandante, está asimismo el deber del demandado de probar los hechos que sustentan su defensa, obligación que igualmente se recoge en el aforismo ‘reus, in excipiendo, fit actor’. A fin de suplir estas cargas las partes cuentan con diversos medios de prueba, los cuales de manera enunciativa, se encuentran determinados en el artículo 175 C.P.C. Cuando se pretende el reconocimiento de perjuicios morales, la parte demandante tiene así el deber mínimo de probar su existencia...”³⁰

3.3. Conclusión

En línea con lo previamente expuesto, la Sala concluye que, no hay lugar a las indemnizaciones laborales reclamadas por la parte actora, en tanto el alcance de la sentencia que reconoce la existencia de una relación de naturaleza laboral no otorga la calidad de empleado público al interesado, ni da lugar a la existencia de una relación legal y reglamentaria que permita la aplicación de estas figuras. Ello aunado, a que respecto de la especial indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y de los perjuicios morales reclamados no se acreditaron los elementos mínimos para su procedencia.

4. Tercer Problema Jurídico: *¿Hay lugar a ordenar a las llamadas en garantía el reintegro de las sumas que deba cancelar la demandada en virtud de las pólizas expedidas?*

4.1. Tesis del Tribunal

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de junio de 2011, Radicación número: 19001-23-31-000-1997-04001-01(19836), M.P. Danilo Rojas Betancourth.

Hay lugar a ordenar a las llamadas en garantía el reintegro de las sumas que deba cancelar la demandada en virtud de las pólizas expedidas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos celebrados entre la ESE Hospital Santa Sofia y la Cooperativa de Trabajo Asociado - "Contralabor" por cuanto, esta contaba con una obligación de índole legal, establecida por el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006 que dispone que este tipo de entidades no podrán permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes, lo cual no fue atendido por la mencionada cooperativa.

Así las cosas, existió un incumplimiento de las obligaciones imputables a la Cooperativa de Trabajo Asociado - "Contralabor", en razón de las cuales se generó un perjuicio a la asegurada E.S.E. Hospital Santa Sofia consistente en reconocer y pagar a la demandante unas sumas de dinero, razón por la cual, sí existe cubrimiento de las pólizas que fueron otorgada por las aseguradoras llamadas en garantía.

Lo anterior, conforme al siguiente análisis:

4.2. El objeto de cubrimiento de las pólizas

Las aseguradoras llamadas en garantía en su recurso de alzada manifestaron en similar sentido que, las pólizas que habían otorgado cubrían al asegurado E.S.E. Hospital Departamental Santa Sofia únicamente en caso de que existiesen obligaciones no cumplidas por parte del tomador de la póliza, esto es la Cooperativa de Trabajo Asociado - "Contralabor". Así, sostuvieron que, si se reconoce la existencia de una relación laboral entre la E.S.E. Hospital Departamental Santa Sofia y la señora Carmen Tulia Piedrahita Cardona no podría afirmarse que existieron obligaciones incumplidas por parte de la cooperativa tomadora de la póliza.

Frente a lo anterior, advierte esta Corporación que, no pueden ser de recibo dichos argumentos, pues en el marco de la relación contractual sostenida entre la Cooperativa de Trabajo Asociado - "Contralabor" y la E.S.E. Hospital Santa Sofia, sí existieron obligaciones cuyo incumplimiento resulta plenamente imputable a dicha cooperativa, tomadora de las pólizas suscritas por las llamadas en garantías en favor de la entidad pública aquí demandada.

Dichas obligaciones se hayan contenidas en el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006 que dispone:

"Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.

Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y

Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado."

En este orden de ideas, se observa que las pólizas expedidas por la llamada en garantía Aseguradora Solidaria de Colombia 994000001741 (fl. 193, cdo. 1), 994000002324 (fl. 248, cdo. 1A), 994000002928 (fl. 371, cdo. 1A) y 994000003808 (fl. 484, cdo. 1A), tienen idéntica descripción de amparos que atañen al cumplimiento de las obligaciones de la tomadora Cooperativa de Trabajo Asociado – “Contralabor” y en favor de la asegurada la E.S.E. Hospital Santa Sofia, descritos así -como ejemplo la primera de las mencionadas pólizas-:

PÓLIZA No: 994000001741		ANEXO: 0		NIT 360 524 634 - 6	
AGENCIA EXPEDIDORA: MANIZALES	COD AGENCIA: 500 RAMO: 47				
TIPO DE MOVIMIENTO: EXPEDICION	TIPO DE IMPRESION: IMPRESION	DIA: 24 MES: 01 AÑO: 2008	DIA: 24 MES: 01 AÑO: 2008		
DATOS DEL AFIANZADO					
NOMBRE: CONTRALABOR-COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO PARA LA CONTRATACION DE LA	IDENTIFICACION: NIT 810.006.324-7				
DIRECCION: CALLE 46 24A-29	CIUDAD: MANIZALES, CALDAS	TELÉFONO: 8862348			
DATOS DEL ASEGURADO Y BENEFICIARIO					
ASEGURADO: HOSPITAL DEPARTAMENTAL SANTA SOFIA DE CALDAS E.S.E.	IDENTIFICACION: NIT 890.801.099-5				
BENEFICIARIO: HOSPITAL DEPARTAMENTAL SANTA SOFIA DE CALDAS E.S.E	IDENTIFICACION: NIT 890.801.099-5				
AMPAROS					
DESCRIPCIO AMPAROS	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA		
ORDEN DE SERVICIO					
CUMPLIMIENTO	01/01/2008	01/01/2009	250,000,000.00		
PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E IND	01/01/2008	01/01/2012	500,000,000.00		
PRESTACION DE SERVICIOS EN LAS DIFERENTES AREAS ASISTENCIALES Y ADMINISTRATIVAS, DERIVADAS, CONEXAS Y TODAS AQUELLAS QUE SE DESPRENDAN Y REQUIERAN PARA PRESTAR DICHO SERVICIO SEGUN CONTRATO No. CP-07-08.					

Por su parte, las pólizas 42-44-101045335 y 42-44-101052321 expedidas por la aseguradora Seguros del Estado S.A (fls. 625 y 716, cdo. 1B), describen su objeto de aseguramiento en símil sentido al advertir -como ejemplo la primera de las mencionadas pólizas-:

Ciudad de Expedición MANIZALES		Sucursal MANIZALES			Cod.Suc 42	No.Póliza 42-44-101052321	Anexo 0
Fecha Expedición Día Mes Año		Vigencia Desde Día Mes Año		A las Horas	Vigencia Hasta Día Mes Año	A las Horas	Tipo Movimiento
01 10 2012		01 10 2012		00:00	31 12 2015	23:59	EMISION ORIGINAL
DATOS DEL TOMADOR / GARANTIZADO							
Nombre o Razon Social COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO PARA LA CONTRATACION DE LABO						Identificación 810.006.324-7	
Dirección: CL 46 24 A 29 PI 3				Ciudad: MANIZALES, CALDAS		Teléfono: 8857284	
DATOS DEL ASEGURADO / BENEFICIARIO							
Asegurado / Beneficiario: HOSPITAL DEPARTAMENTAL UNIVERSITARIO SANTA SOFIA DE CALDAS						Identificación 890.801.099-5	
Dirección: KM 2 VIA CHINCHINA				Ciudad: MANIZALES, CALDAS		Teléfono: 8879200	
Adicional:							
OBJETO DEL SEGURO							
Con sujeción a las condiciones generales de la póliza que se anexan E-CU-010-A REDIS 12-09-12, que forman parte integrante de la misma y que el asegurado y el tomador declaran haber recibido y hasta el límite de valor asegurado señalado en cada amparo, Seguros del Estado S.A., garantiza:							
GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADS DEL CONTRATO CSS-221-12 PARA LA CONTRATACION DE LABORES INDUSTRIALES Y EMPRESARIALES.							
AMPAROS							
RIESGO: PRESTACION DE SERVICIOS							
AMPAROS	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEG/ACTUAL				
CUMPLIMIENTO	01/10/2012	30/06/2013	\$90,326,605.20				
SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES	01/10/2012	31/12/2015	\$180,653,210.40				

De conformidad con lo expuesto, las llamadas en garantía Seguros del Estado S.A. y Aseguradora Solidaria de Colombia S.A. libraron sendas pólizas que garantizaban en favor

de la E.S.E. Hospital Santa Sofia de Caldas el cumplimiento de las obligaciones de la tomadora Cooperativa de Trabajo Asociado – “Contralabor” en el marco de los contratos suscritos entre aquellas, quedando demostrado en el presente asunto que, dicha cooperativa incumplió la obligación establecida por el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006 lo que conlleva a la condena que acertadamente fue impuesta por el *a quo* contra dichas llamadas en garantía.

Finalmente, en lo que respecta a la prescripción del contrato de seguro cabe advertir que el artículo 1081 del Código de Comercio indica con claridad que la prescripción ordinaria es de dos (2) años y que se contabiliza a partir del momento en que el interesado tuvo o debió tener conocimiento del hecho generador de la acción, en tal sentido, la Sala considera que la entidad asegurada -aquí llamante en garantía- tuvo conocimiento de las situaciones que dan lugar a la afectación de la póliza en el momento en que le fuere notificada la demanda que dio lugar al presente medio de control, esto es, el 19 de noviembre de 2017 (v. fl. 136, cdo. 1), razón por la cual para la fecha en que se notificó el llamamiento en garantía a las aseguradoras vinculadas por dicha vía, esto es, el 20 de febrero de 2018 (v. fl. 822, cdo. 1C), no había transcurrido el lapso de 2 años de que trata el referido canon normativo.

Ahora bien, en este punto cabe destacar que no puede ser de recibo el argumento plasmado por Seguros del Estado S.A. al considerar que la entidad llamante en garantía tuvo conocimiento del “*siniestro*” el 30 de diciembre de 2015 cuando la demandante presentó la petición frente al Hospital Departamental Santa Sofía, pues para dicha data no era dable determinar la existencia de incumplimiento, obligación o perjuicio alguno frente a los tomadores o asegurados por las pólizas base del llamamiento, pues dichas determinaciones solo vienen a ser adoptadas dentro del presente asunto.

5. Conclusión

Como se expuso en los acápites anteriores, no prosperan los cargos de apelación propuestos por las partes recurrentes -accionante, accionada y llamadas en garantía-, por lo cual se impone confirmar la sentencia estudiada.

6. Condena en costas

Conforme al artículo 188 del CPACA y el artículo 365 del CGP, no se condenará en costas en esta instancia teniendo en cuenta que no prosperan los cargos de apelación propuestos por ninguna de las partes.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Tercera de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

SENTENCIA

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 28 de marzo 2022 por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho formulado por la señora Carmen Tulia Piedrahita Cardona contra la E.S.E. Hospital Departamental Santa Sofia.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 069 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, Octubre tres (03) de dos mil veintidós (2022)

A.I. 191

Medio de Control: Reparación Directa

Demandante: Juan Carlos Galvis López

**Demandado: Dirección Territorial de Salud de Caldas –
Clínica San Marcel SOS y Otros**

RADICADO: 1700123-33-000-2016-00475-00

Una vez revisado el expediente digital con el fin de verificar el recaudo de las pruebas decretadas en la audiencia inicial llevada a cabo el día 15 de febrero de 2022. Se observa que se decretaron pruebas documentales y periciales.

Respecto a las pruebas documentales se tiene que no se han recaudado las ordenadas a la Dirección Territorial de Salud de Caldas, concerniente a:

“Se accede a la solicitud de allegar informe a la fecha sobre las actividades que han adelantado con base en la petición presentada por el señor Juan Carlos Galvis López. Si bien, se encuentra acreditada que la dicha solicitud fue atendida a través de la certificación suscrita por el Subdirector de Prestación de Servicios de Aseguramiento de la entidad que reposa en los anexos de la contestación de la demanda visible expediente digital archivo 01cuaderno1.pdf. pág. 148;

Por lo tanto, se **Requerirá por Segunda vez**, a la Dirección Territorial de Salud de Caldas para que allegue en el término de cinco (5) días, la prueba precitada, so pena de dar aplicación a las sanciones previstas en el Código General del Proceso.

Respecto a las pruebas periciales se ordenó lo siguiente:

“En cuanto a las pruebas periciales, se ordenó la Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la Dirección Regional Caldas, para que realizara las siguientes valoraciones:

1. Realizar valoración psicológica a los señores Juan Carlos Galvis López, Diana Maritza Buitrago Ramírez, Juan Felipe Moreno Buitrago, y de la menor María José Hincapié Buitrago, previa autorización de la madre, con el fin de establecer su estado de salud mental.

2. Realizar valoración médica con especialidad en Urología, con el fin de establecer el estado actual de salud (sistema urinario y órganos reproductores) del señor Juan Carlos Galvis López.

3. Realizar valoración psiquiátrica con el fin de establecer el estado mental del señor Juan Carlos Galvis López.

Lo anterior, tiene fundamento en los hechos de la demanda, que aluden a las presuntas afectaciones en la salud y psicológicas, como consecuencia de los procedimientos y tratamientos médicos realizados al paciente.

La entidad Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses - Dirección Regional de Caldas, dio respuesta indicando que debía ser aclarado el motivo forense de la peritación la labor forense y fines de la entidad. A su vez, señaló que no cuenta con especialidad en Urología para realizar la valoración médica requerida.

Posteriormente en audiencia de práctica de pruebas llevada a cabo el día 5 de abril de 2022, se da traslado a las partes de la información remitida por el Instituto de Medicina Legal - Dirección Regional de Caldas. En dicha diligencia se indica el objeto de la prueba, y se ordena a dicha entidad absolver el cuestionario respectivo, conforme a lo siguiente:

“(...) Parte actora: Indica los motivos del objeto de la pericia respecto a la evaluación de los demandantes, por la especialidad en psiquiatría y psicología, como consecuencia del diagnóstico padecido por el señor Juan Carlos Galvis López.

Por lo anterior, solicita se absuelva el siguiente cuestionario, por parte de los médicos especialistas indicados, por parte del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses Seccional Caldas.

Cuestionario para especialidad psicología y psiquiatría.

1. Cual fue el procedimiento que le realizó al señor Juan Carlos Galvis el 5 de febrero de 2013, y que consecuencias y antecedentes del mismo.

2. Que consecuencias psicológicas o psiquiátricas pudo acarrear haber tenido un cuerpo extraño en su aparato urinario y sexual.

3. El señor Juan Carlos Galvis tuvo inconvenientes en su relación de pareja por haber tenido un dispositivo o cuerpo extraño que conllevaron a la finalización de su relación con su compañera permanente. En tal sentido, dicha terminación de esa relación pudo haber sido o no, consecuencia de haber tenido dicho dispositivo durante largo tiempo, sin darse cuenta.

4. Que acciones correspondería adelantar a para evitar posibles afectaciones psicológicas o psiquiátricas.. (...)”

Posteriormente, el 25 de abril de 2022, a través de correo electrónico la Dirección Seccional Caldas de Medicina Legal, señaló sobre la necesidad de remitir a la entidad los tratamientos psiquiátricos y psicológicos de

Juan Carlos Galvis López y Diana Maritza, así como el total de la Historia Clínica del señor Galvis López para asignar las citas médicas.

En lo atinente a la prueba pericial de valoración en **Medicina por especialidad en Urología**, se ordenó su práctica a la Facultad de Medicina de la Universidad de Caldas, designar un especialista en dicha área, para que previa posesión del cargo conforme lo establece el artículo 220 de la Ley 1431 modificado por el artículo 56 de la Ley 2080; realice el dictamen pericial de acuerdo a la valoración médica, donde se establezca el estado actual de salud del señor Juan Carlos Galvis López. (sistema urinario y órganos reproductores), conforme al siguiente cuestionario:

Cuestionario especialidad en Urología

De acuerdo a las atenciones médicas recibidas por el señor Juan Carlos Galvis, desde el mes de junio del año 2012, por síntomas de urolitiasis, se pregunta:

1. *Deberá ilustrarle al despacho que es la urolitiasis.*
2. *Que recomendaciones o procesos se deben adelantar cuando una persona se le diagnostica urolitiasis*
3. *Cuáles son los exámenes pertinentes para determinar sobre la urolitiasis e hidronefrosis con compromiso en función renal.*
4. *Cuál es el procedimiento que corresponde al procedimiento de ureterolitotomía más colocación de catéter doble*
5. *Cuando se retira un cálculo de uretra, se debe realizar y retirar para hacer pruebas patológicas si o no.*
6. *Las infecciones urinarias se pueden presentar a una persona que haya tenido cálculos en su aparato urinario si o no. Que tratamiento se puede realizar cuando una persona tiene cálculos en el aparato urinario.*
7. *Se debe dejar puesto un catéter doble J o no se debe dejar puesto, cuando se realiza el procedimiento del retiro de los cálculos.*
8. *Que consecuencia puede dejar el catéter doble J en el aparato urinario*
9. *Como se debe retirar un cálculo circular que se ha formado con remanente de asa distal por catéter doble J antiguo. Y que proceso se debe seguir y si hay que realizar estudio patológico.*
10. *El retiro de dicho cuerpo extraño puede acarrear infecciones y fallas en el aparato sexual.*
11. *Puede afectarse la evacuación de la orina al paciente o no se puede afectar.*
12. *Se puede presentar incontinencia urinaria o no en un paciente a quien se le ha removido un cuerpo extraño cálculo, asociado a un remanente de catéter doble J, que no se extrajo completamente. Lo anterior puede constituir un error en cuanto a procedimiento si o no.*
13. *Ese dispositivo o cuerpo extraño puede afectar el aparato reproductivo del paciente*

A su vez, se ordenó a la Secretaría de la Corporación remitir el expediente digital, donde reposa la historia clínica y los cuestionarios respectivos a las entidades precitadas, dando diez (10) días para las realizar las valoraciones y la respectiva posesión el perito (Universidad de Caldas), para allegar el dictamen pericial.

El 7 de abril de 2022, se remitió a los correos electrónicos citasmanizales@medicinalegal.gov.co; mmora@medicinalegal.gov.co y gestion.juridica@ucaldas.edu.co; los requerimientos en mención. No obstante, lo anterior a la fecha no se ha recibido respuestas de las gestiones realizados.

Por lo anterior, se requerirá a la parte actora para que allegue a la entidad Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el término de cinco (5) días los tratamientos psiquiátricos y psicológicos de Juan Carlos Galvis López y Diana Maritza, en caso de contar con los mismos. En caso contrario deberá informarlo a la entidad.

Se ordena a la Secretaría de la corporación remitir la totalidad de las historias clínicas que reposan en el expediente digital, del señor Juan Carlos Galvis López, para que la entidad proceda asignar la cita médica a los demandantes.

Se requiere al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses- Dirección Regional de Caldas, para que informe la fecha asignada para la cita médica y deberá allegar los resultados de los mismos a la Secretaría de la Corporación.

Se requiere por Segunda vez, a la Facultad de Medicina de la Universidad de Caldas, para que dentro del **término de cinco (5) días** informen al Despacho, sobre el trámite dada a la ordenación de peritación por especialidad en Urología. Lo anterior so pena de dar aplicación a las sanciones legales previstas en el Código General del Proceso.

Por Secretaría infórmesele a las citadas entidades lo ordenado en este proveído, adicionando los siguientes correos electrónicos dscaldas@medicinalegal.gov.co; medicina@ucaldas

Es por ello que,

Resuelve

PRIMERO: REQUERIR a la parte ejecutante para que en el término de cinco (5) días aporte la información requerida al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses Seccional Caldas en el presente proveído.

SEGUNDO: SE REQUIERA POR SEGUNDA VEZ, a la Facultad de Medicina – Universidad de Caldas, para que informe en el término de cinco (5) días sobre el trámite del peritaje ordenado, conforme a lo indicado en el presente auto.

TERCERO: SE ORDENA, al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses - Dirección Regional de Caldas, para que proceda a fijar las citas médicas conforme a la documentación aportada.

CUARTO: SE REQUIERE POR SEGUNDA VEZ, a la Dirección Territorial de Salud de Caldas para que allegue en el término de cinco (5) días, las pruebas solicitadas.

QUINTO: Se ordena a la Secretaría de la Corporación procede a remitir de manera inmediata a la Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses - Dirección Regional de Caldas, la totalidad de la Historia Clínica que reposa en el expediente digital.

Notifíquese y Cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
<u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u>
No.
FECHA: 04/10/2022
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Segunda de Decisión
Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17-001-23-33-000-2018-00535-00
Demandante	Margarita Zuluaga Giraldo
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia	Sentencia No. 188

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión Oral, integrada por el Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán y por los Magistrados Dohor Edwin Varón Vivas y Augusto Morales Valencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede a dictar sentencia dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por la señora Margarita Zuluaga Giraldo contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al no encontrarse irregularidad alguna que pueda dar lugar a la nulidad de lo actuado, se procede a proferir la sentencia que finalice la instancia.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

*“1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto, surgido con ocasión de la petición de fecha 16 de mayo de 2018, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** a mi mandante establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los sesenta (60) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demanda y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

*2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE MANIZALES**, le reconozca y pague la **SANCIÓN POR MORA** establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los sesenta (60) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demanda y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

*1. Condenar a la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a que se le reconozca y pague 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 sesenta (60) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

*2. Condenar a la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la **SANCIÓN MORATORIA** referida en el numeral anterior, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 del 2011 C.PACA, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.*

[...]"

2. Hechos.

La parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas el 19 de marzo de 2015.

Por medio de la Resolución No. 3915-6 del 14 de mayo de 2015 le fue reconocida la cesantía solicitada.

El pago de la referida prestación, según se dice en la demanda, se produjo el día 21 de febrero de 2018 a través de entidad bancaria.

Se aduce que la demandante solicitó la cesantía el día 19 de marzo de 2015, fecha a partir de la cual la entidad contaba con setenta (70) días hábiles para el reconocimiento y pago de las cesantías que otorga la ley aplicable al caso, sin embargo, considera que como hubo renuncia a términos de ejecutoria, el término sería de 60 días, el cual venció el día 20 de junio de 2015 mientras que el pago de la cesantías se efectuó el día 21 de febrero de 2018, en consecuencia transcurrieron 960 días de mora.

Advierte que aunque la Fidupervisora manifiesta que colocó el dinero a disposición por primera vez el 24 de julio de 2015, el mismo no pudo ser cobrado ya que la docente nunca

fue informada de dicho pago por parte de la Fiduciaria ni de la secretaría de educación respectiva, o por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que las veces que se acercó al banco BBVA para averiguar por el mismo, la respuesta dada por los funcionarios, fue que aún no habían puesto a disposición el dinero correspondiente al pago de sus cesantías definitivas.

Finalmente, afirma que la solicitud de pago de sanción mora fue respondida mediante acto ficto administrativo negativo.

3. Normas Violadas y Concepto de Violación

Considera vulneradas las siguientes:

Constitución Política

Artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989.

Artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995.

Artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Decreto 2831 de 2005.

Consideró que las entidades obligadas a responder por dicha prestación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, han estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, al incurrir en una mora injustificada en el pago de las prestaciones sociales.

Sostuvo que la Ley 1071 del 2006 fue desconocida por parte de las entidades demandadas tanto en el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías, como en la negativa y pago de los intereses moratorios, que a su vez, se desconoció el artículo 4 que habla de un término de quince (15) días para el reconocimiento de las cesantías y los cuarenta y cinco (45) días hábiles para cancelar dicha prestación social; recalcando que se desconocieron tales términos a pesar de su perentoriedad.

4. Contestación de la Demanda

La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La entidad demandada guardó silencio.

5. Alegatos de Conclusión.

5.1. Parte demandante.

Manifiesta que, de acuerdo con los documentos arrimados al proceso con la demanda, queda demostrado lo siguiente: La calidad de docente de la persona demandante; la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de la cesantía; el acto mediante el cual se reconoció a la actora el pago de la cesantía; la fecha en que le canceló la prestación reconocida, la cual obra en el expediente.

Con fundamento en tales presupuestos probatorios, considera posible la aplicación en el caso concreto de la Ley 1071 de 2006.

5.2. Nación – Ministerio De Educación Nacional- Fondo De Prestaciones Sociales del Magisterio. (Fls.12 a 27, C1)

Guardó silencio.

5.3. Ministerio Público.

No emitió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

1. Cuestión previa.

Resulta importante indicar que, en asuntos similares al aquí estudiado, existen pronunciamientos por parte de este Tribunal Administrativo – Sala Oral, en sentencias de primera instancia proferidas en audiencia simultánea llevada a cabo el día 07 de marzo de 2013¹, relacionadas con el pago tardío de las cesantía parciales, y se llegó a las siguientes conclusiones, las cuales se tendrán como precedente para el análisis del caso sub-examine:

- 1)** Es aplicable por identidad o analogía la sentencia de la Sala Plena del Consejo de

¹Sala Oral del Tribunal Administrativo de Caldas. Ponente: William Hernández Gómez. Radicados 17001-23-33-000-2012-00012-00 y 17001-23-33-000-2012-00080-00 demandado Nación-Ministerio de Educación – FNPSM – Ver también la sentencia del veintiséis (26) de agosto de 2015 M.P. William Hernández Gómez Rad: 2015-189.

Estado del 27 de marzo 2007, con ponencia de Jesús María Lemus², y por tanto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe y puede conocer de la presente controversia, a la luz del artículo 104 del CPACA, y en sede de juicio ordinario declarativo, medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA.

- 2) La Ley 1071 de 2006 es aplicable en su integridad al régimen especial de los docentes, y por tanto, se debe acatar el mandato legal allí contenido, relacionado con el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías parciales y definitivas.
- 3) Acorde con lo indicado en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, “(...) el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas (...)”. Claro está, previo descuento de un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales, se causará la sanción moratoria.

2. Problemas Jurídicos:

Teniendo claridad en lo expuesto anteriormente, compete a la Sala determinar conforme el recurso de apelación interpuesto, los siguientes interrogantes:

- 2.1. ¿Debe la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM asumir el pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 1071 de 2006 por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías reconocidas a la parte demandante?
- 2.2. ¿Las razones expuestas por la Nación Ministerio de Educación, FNPSM, justifican el reconocimiento y pago extemporáneo de las cesantías a la parte demandante?
- 2.3. ¿A partir de cual fecha se causaría la sanción moratoria?

3. Primer problema jurídico

Frente al primer interrogante planteado, considera la Sala de decisión que la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM debe asumir el pago de la sanción moratoria por las siguientes razones:

²Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz. Demandado: Municipio de Cali.

a) El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 es diáfano al indicar que las prestaciones sociales las reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

b) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica. Por tanto, es conclusión ineludible que judicialmente actúa a través de la Nación, y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación.

c) El artículo 288, superior, resalta que las competencias propias de la función administrativa se deben ejercer de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. En concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política³.

d) En ese sentido, la Ley 489 de 1998 define los *Principios de la función administrativa*, acorde con los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

e) El Consejo de Estado, en providencia de 5 de marzo de 2015⁴, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal – Sala Oral, en la cual se declaró infundada la excepción denominada “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”. Veamos el aparte pertinente de la providencia mencionada.

[...] De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales del magisterio, y que las secretarías de educación de los entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella. [...].”

³**Artículo 209.** *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”*

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto de 5 de marzo de 2015, Expediente N° 170012333000 201300654 01.

Así las cosas, se concluye en este punto que efectivamente es la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM quien debe asumir el pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías reconocidas a la parte demandante.

4. Segundo problema jurídico.

En torno al segundo problema jurídico, en lo que tiene que ver con las razones expuestas por la Nación, Ministerio de Educación “FNPSM”, para el reconocimiento y pago extemporáneo de las cesantías a la parte demandante, advierte este Tribunal que no se justifican, conforme se pasa a exponer:

- La Ley 91 de 1989 regula con máxima claridad que las prestaciones sociales del magisterio son de cargo de la Nación, y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- El numeral 5 del artículo 2º y el artículo 5º de la Ley 91 de 1989 disponen lo siguiente:

“Artículo 2º.- De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

[...]

5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.”

“Artículo 5º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado...”

- Según el artículo 4º de la Ley 1071, la entidad a cargo tendrá un plazo máximo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, para expedir la resolución correspondiente, si el solicitante reúne todos los requisitos determinados en la ley. Al respecto se resalta:

“... Artículo 4º. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser

resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo...".
(Subrayado fuera de texto).

- Así mismo, el artículo 5º de la ley 1071 de 2006 regula que para efectuar el pago, la entidad tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que lo ordena. Dice la norma:

“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...*”

- La Ley 1071 de 2006 es una típica regla o norma jurídica de acción⁵, y por tanto está destinada a evitar la ponderación por parte de la administración, porque son concluyentes y perentorios los términos allí establecidos, cuando se dan las condiciones de aplicación, en este caso, del reconocimiento y pago oportuno de las cesantías. Por ello los órganos jurisdiccionales deben dar aplicación a la norma jurídica, en razón de su fuente y mandato incuestionable⁶.
- En la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, citada como precedente para este asunto, se precisó: “[...] *En este sentido cabe afirmar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores [...]*”⁷.

La anterior afirmación también se predica de la Ley 1071 de 2006⁸ (arts. 4, 5 y 6).

- En la exposición de motivos del proyecto de ley que a la postre se convirtió en la Ley 244 de 1995, la cual fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, se precisó que la finalidad de la norma es la de lograr el pago puntual de las cesantías del servidor público, mediante un cronograma y un procedimiento ágil, que eviten que éste reciba una suma devaluada.

⁵ Las normas antes citadas están compuestas por enunciados que caracterizan las normas deónticas o regulativas, esto es, mandar, permitir, prohibir, o castigar (art. 4º L. 57 de 1887). Kelsen destacaba que la auténtica norma tiene consecuencias jurídicas, y a ello llamó la norma jurídica completa⁵. Por su parte Dworkin resaltó que las reglas de derecho, contrario a los principios, son mandatos de carácter binario, esto es, que se cumplen o no se cumplen; y Manuel Atienza sostiene que “[...] Las reglas de acción permiten simplificar el proceso de decisión de quien debe comportarse de acuerdo con ellas (el de quien debe cumplirlas o controlar su cumplimiento): lo único que debe hacer es comprobar si se han dado o no determinadas condiciones para hacer o dejar de hacer una determinada acción, desentendiéndose de las consecuencias, esto es, del proceso causal que va a desencadenar su comportamiento [...]”⁵.

⁶ *Ibidem*. Atienza. pp.32, 35.

⁷ Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz. Demandado: Municipio de Cali.

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

“[...] Si bien es cierto el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución Nacional establece que ‘...el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales...’, ello no significa que las demás prestaciones y retribuciones por el trabajo no deban ser pagadas oportunamente. Todo lo contrario, los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente entre otras razones porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y de sus familias.

No obstante lo anterior, la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites [...]”⁹.

- El reconocimiento y pago oportuno, de que trata el artículo 6º de la ley 1071 de 2006, no se opone al cumplimiento del orden en que debe pagarse, porque la teleología de la norma es la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas).

No se puede olvidar que las cesantías son ahorros del servidor público, que está administrando el Estado - patrono, para entregar al servidor en el momento que lo necesite, bien cuando quede cesante de manera definitiva, o bien en los eventos contemplados en la ley, que autoriza el anticipo parcial de las mismas, por vivienda o educación, básicamente.

- Si una regla jurídica es válida, dice Robert Alexy¹⁰, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos.

En consecuencia, advierte este Tribunal que la Ley 1071 de 2006 es una regla de acción, con mandatos perentorios de términos dentro de los cuales debe reconocerse y pagarse las cesantías, los cuales deben cumplirse, so pena de la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5º ibídem¹¹.

4.1. Precedente jurisprudencial aplicable.

El Consejo de Estado se pronunció en asunto similar al presente en sentencia del 22 de enero de 2015, Magistrada Ponente: Dra. Sandra Liseeth Ibarra Vélez, Radicación número: 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14), Demandante: Yaneth Lucía Gutiérrez

⁹ Gaceta del Congreso 225 de 1995, página 1.

¹⁰ Alexy, Robert. (1988): Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. En Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho, nº 5. pp. 143 - 144. http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf

¹¹ “[...] PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este. [...]”.

Gutiérrez, Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Ibagué (Tolima).

En el mencionado caso una docente solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías. En dicha providencia el Consejo de Estado aplica las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, concretamente en los términos a los que se debe sujetar la entidad para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas en un caso específico de una docente, como en el sub-lite.

Es decir, al ser los docentes servidores públicos, se encuentran dentro del campo de aplicación de las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por lo tanto, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, debe cumplir los términos previstos en los artículos 1º y 2º de la Ley 244 de 1995 al igual que los artículos 4º y 5º de la ley 1071 de 2006, cuyo incumplimiento genera la sanción por la mora regulada en dicha normativa.

De conformidad con lo anterior, el Tribunal se acoge a la tesis expuesta del Consejo de Estado, la cual resulta igualmente acorde con la línea argumentativa que ha sostenido como precedente horizontal, frente a la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías de los docentes.

5. Tercer problema jurídico.

El Tribunal de nuevo invoca como precedente altamente persuasivo, la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, denominada de interés jurídico, del 27 de marzo 2007, con ponencia del doctor Jesús María Lemos¹², en la que se argumentó que si el reconocimiento y pago de las cesantías es tardío, entonces se debe contabilizar el término para efectos de la sanción moratoria, desde la fecha de presentación de la solicitud de liquidación o anticipo de las cesantías.

Las principales razones expuestas por el Consejo de Estado, y que comparte plenamente el Tribunal Administrativo de Caldas, son las siguientes:

1. Se recalca que la regla jurídica de acción, con enunciados deónticos regulativos, contenidos en la Ley 1071, tiene como teleología establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas o parciales. Por ello la administración debe expedir la resolución en forma oportuna. La falta de respuesta o las respuestas evasivas acarrearán perjuicio al

¹² Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz. Demandado: Municipio de Cali.

petionario.

Dice la sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado: “[...] Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 (léase L. 1071), el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.[...]” (Subrayado fuera de texto)

Más adelante precisa la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado: “[...] Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudirse a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante. [...]”

Ahora bien, el reconocimiento de las cesantías comprende varias sub etapas a saber: expedición del acto administrativo de reconocimiento, para lo cual la administración dispone de un término de 15 días; notificación de dicho acto administrativo, dentro del término que corresponda según se trate de notificación personal, por aviso o por medios electrónicos; ejecutoria del acto administrativo que será de 5 días si la petición de cesantías se hizo en vigencia del C.C.A., o de 10 días si lo propio se hizo en vigencia del CPACA; Si se interponen recursos en vía gubernativa, la administración cuenta con un término de 15 días para resolverlos; finalmente, ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento, comienza a correr el término de 45 días para el pago efectivo de la cesantía, sea esta parcial o definitiva.

Mediante sentencia de unificación, el Consejo de Estado se ha encargado de precisar el modo en que han de computarse los términos en cada sub etapa, a efectos de establecer el momento a partir del cual se genera la mora por parte de la Administración.

Resulta importante entonces indicar que, conforme a la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018², relacionada con el pago tardío de cesantías parciales o definitivas, se tendrán en cuenta los siguientes parámetros para el análisis del caso:

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 ley³ 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.

Es así como mediante la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018¹³, la Alta Corporación condensó su análisis sobre el tema en el siguiente cuadro:

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación por Importancia Jurídica, proferida el 18 de julio de 2018.

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del termino de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ¹⁴	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

En el caso concreto se tiene acreditado:

1. La solicitud de pago de las cesantías se presentó el día 19 de marzo de 2015, tal y como lo señala la parte demandante y lo reconoce la entidad en el acto administrativo de reconocimiento de dicha prestación. (Fl. 21, Archivo 001) Luego entonces, los 15 días para la expedición del acto administrativo se cumplieron el 14 de abril de 2015; no obstante, la entidad expidió la Resolución No. 3915-6 el 14 de mayo de 2015, esto es, por fuera del término legalmente establecido.
2. Dado lo anterior y atendiendo la sentencia de unificación ya referida, en este caso se contabilizan los términos así:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del termino de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición

¹⁴ Se consideran los supuestos de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

3. De lo anterior se deduce, que el plazo total de 70 días hábiles posteriores a la fecha de solicitud, dentro de los cuales se debió reconocer y pagar las cesantías definitivas, se cumplieron el día 3 de julio de 2015.
4. Las cesantías definitivas fueron dejadas a disposición de la docente el 24 de julio de 2015 en entidad bancaria, tal y como fue certificado por la Fiduprevisora S.A. a folio 23 del cuaderno 1. Al respecto conviene señalar que el pago de tales cesantías fue posteriormente reprogramado comoquiera que el dinero fue reintegrado a la Fiduprevisora por el no cobro oportuno por parte de la interesada; circunstancia que en todo caso no le es atribuible a la entidad demandada porque a partir de la notificación del acto administrativo de reconocimiento, el pago podía verificarse sin que se exigiese una notificación adicional. Luego entonces, era carga de la docente el estar pendiente de la consignación que se hiciera a su nombre en la entidad bancaria sin que necesariamente tuviere que acudir personalmente a ella dadas las herramientas virtuales que facilitan dicha consulta. Resta decir que la desinformación proveniente del banco en torno a la disponibilidad de tales recursos tampoco es atribuible a la aquí demandada.

Por lo anterior, se tendrá como fecha de cumplimiento de la obligación, el 24 de julio de 2015.

5. Así las cosas, la señora Margarita Zuluaga Giraldo tiene derecho al pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías definitivas, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, desde el **4 de julio de 2015** (día siguiente a los 70 días hábiles de plazo total) hasta el **23 de julio de 2015 “inclusive”** (en tanto el 24 de julio de 2015 se dejó a su disposición el desembolso de las cesantías a través de entidad bancaria).
6. Así mismo, se tiene que el demandante presentó derecho de petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria a la Nación, Ministerio de Educación, FNPSM, con fecha 16 de mayo de 2018, conforme a lo referido en la demanda y no desvirtuado por la entidad en sus intervenciones.
7. La Nación, Ministerio de Educación, FNPSM, no dio respuesta a la petición presentada por la señora Margarita Zuluaga Giraldo.
8. Como se trata del pago de cesantías definitivas, se tendrá en cuenta como base para la liquidación de la sanción moratoria, el salario percibido en el año 2014 teniendo en cuenta que el servicio docente lo prestó hasta el 30 de diciembre de dicha anualidad.

9. Indexación de la sanción moratoria.¹⁵

La jurisprudencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado apunta a la tesis según la cual, no resulta procedente la indexación de la sanción moratoria porque ésta penaliza la negligencia del empleador en la obligación de reconocer y pagar oportunamente las cesantías a sus empleados, que en términos monetarios constituyen sumas de dinero mayores a la actualización a valor presente.

Ha dicho la Alta Corporación que, “*al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo*” y que “*las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa.*”¹⁶

Se ha considerado por la jurisprudencia en cita, que “*En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.*”

En efecto, la sentencia de Unificación de fecha 18 de julio de 2018, emanada de la Sección Segunda del Consejo de Estado, hace énfasis en que la improcedencia de la indexación de las sumas que componen la sanción moratoria por cesantías, se entiende “*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA*”, referente al ajuste de las condenas conforme al IPC, actualización esta última que opera por disposición de la misma ley, ante lo cual no pudiera entenderse que por el hecho de que la sentencia de unificación, en los puntos de resolución del caso concreto, no ordenó la actualización conforme al artículo 187 del CPACA, estaría indicando que no debe darse alcance a dicha norma, cuando su aplicación deviene del mandato del legislador, sin que en la sentencia de unificación se dispusiera su inaplicación.

¹⁵ Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Tercera de Decisión, Magistrado Ponente Dohor Edwin Varón Vivas. Sentencia del 20 de mayo de 2022, proceso de NYRD radicado 2021-00053-02.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D. C. Dieciocho (18) de Julio de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15)

Aspecto que ha sido reiterado por el H. Consejo de Estado¹⁷, precisando que, «según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero».

«De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia ~ art. 187 - y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA. (...)».

En consecuencia, resulta procedente disponer la actualización de la condena, aplicando para ello la siguiente fórmula¹⁸:

R. = Rh. Índice Final

Índice Inicial

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde al valor de la sanción moratoria (suma total consolidada), por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente en la fecha en que cesó la causación de la mora).

6. Costas y Agencias en Derecho

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹³ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

En este caso se causaron las costas procesales en razón a la actividad desplegada por la parte demandante a través de apoderado judicial, esto es, la presentación de la demanda y los alegatos de conclusión; gestiones útiles que conllevaron a proferir un fallo acogiendo las pretensiones por aquellas planteadas. Desde la presentación de la demanda en el año 2018 hasta la sentencia de primera instancia que ahora se profiere, la parte actora se ha

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, C.P. William Hernández Gómez.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Sentencia del 5 de agosto de 2010, Expediente No. 08001-23-31-000-2008-00394-01(1521-09), Actora: Aminta Elena Galvis Baldovino.

visto en la necesidad de acudir a los servicios profesionales de un apoderado judicial con las erogaciones propias que ello conlleva.

Por lo anterior, conforme al artículo 188 del C.P.A.C.A., se condenará en costas a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, las cuales se liquidarán de acuerdo a lo previsto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

Igualmente, SE FIJAN las agencias en derecho equivalentes a 1%¹⁹ de las pretensiones de la demanda a cargo de la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta la gestión realizada por el apoderado de la parte demandante, tal y como se explicó en precedencia

Finalmente, la Sala de Decisión observa que, dada la situación que da origen a la presente condena y de manera concreta, el trámite que fue impreso a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías, cuya tardanza da origen al reconocimiento de la sanción moratoria, se considera procedente compulsar copias para ante la Procuraduría General de la Nación – Regional Caldas – y la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental -, con el fin de que dichos organismos de control, valoren la necesidad de adelantar las indagaciones que consideren pertinentes.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se declara la nulidad del acto administrativo ficto, surgido con ocasión de la petición de fecha 16 de mayo de 2018, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora deprecada por la parte demandante.

Segundo: A título de restablecimiento del derecho, **se ordena** a la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM el pago de la sanción por mora de las cesantías definitivas de la demandante, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, desde el **4 de julio de 2015** hasta el **23 de julio de 2015 “inclusive”**. Para la liquidación de la sanción moratoria se tendrá en cuenta el salario percibido en el año 2014.

Tercero: La condena al pago de la cantidad líquida de dinero de que trata el numeral anterior se ajustará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA y de acuerdo con la fórmula establecida por el Consejo de Estado.

¹⁹ Acuerdo PSAA-16 10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Cuarto: Se condena en costas a la parte demandada y a favor del demandante. Se fijan agencias en derecho equivalentes a 1% de las pretensiones de la demanda, a cargo de la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Quinto: Por la Secretaría de esta Corporación, **compúlsense copias** para ante la Procuraduría General de la Nación – Regional Caldas – y la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental -, con el fin de que dichos organismos de control valoren la necesidad de adelantar las indagaciones que consideren pertinentes.

Sexto: Se ordena a la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que dé cumplimiento a esta sentencia conforme lo disponen los artículos 192 y 194 del CPACA.

Séptimo: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

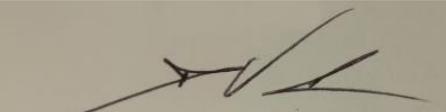
Octavo: Ejecutoriada esta providencia, **liquidense** los gastos del proceso, **devuélvase** los remanentes si los hubiere. **Archívense** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el Programa Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase

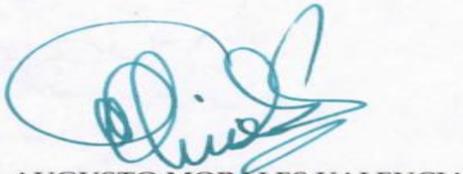
Discutido y aprobado en Sala de Ordinaria de Decisión celebrada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Segunda de Decisión
Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17-001-23-33-000-2019-000251-00
Demandante	David Gutiérrez Canal
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia	Sentencia No. 189

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión Oral, integrada por el Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán y por los Magistrados Dohor Edwin Varón Vivas y Augusto Morales Valencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede a dictar sentencia dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por el señor David Gutiérrez Canal contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al no encontrarse irregularidad alguna que pueda dar lugar a la nulidad de lo actuado, se procede a proferir la sentencia que finalice la instancia.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

*“1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto, surgido con ocasión de la petición de fecha 6 de marzo de 2018, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** a mi mandante establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los sesenta (60) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demanda y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

*2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE MANIZALES**, le reconozca y pague la **SANCIÓN POR MORA** establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los sesenta (60) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demanda y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

*1. Condenar a la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a que se le reconozca y pague 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 sesenta (60) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

*2. Condenar a la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la **SANCIÓN MORATORIA** referida en el numeral anterior, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 del 2011 C.PACA, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.*

[...]"

2. Hechos.

La parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales el 11 de julio de 2016.

Por medio de la Resolución No. 756 del 1° de diciembre de 2016 le fue reconocida la cesantía solicitada.

El pago de la referida prestación, según se dice en la demanda, se produjo el día 5 de diciembre de 2017 a través de entidad bancaria.

Se aduce que el demandante solicitó la cesantía el día 11 de julio de 2016, fecha a partir de la cual la entidad contaba con setenta (70) días hábiles para el reconocimiento y pago de las cesantías que otorga la ley aplicable al caso, sin embargo, considera que como hubo renuncia a términos de ejecutoria, el término sería de 60 días, el cual venció el día 5 de octubre de 2016 mientras que el pago de la cesantías se efectuó el día 5 de diciembre de 2017, en consecuencia transcurrieron 419 días de mora.

Indica que la Fiduprevisora colocó el dinero a disposición por primera vez el 23 de junio de 2017, el cual no pudo ser cobrado ya que en la Resolución 756 del 1 de diciembre de 2016

no se especificó el valor total a cobrar después del embargo y por ello en el banco BBVA le manifestaron que no era posible proceder a la entrega. Agrega que el 15 de agosto de 2017, el docente solicitó ante Fiduprevisora la reprogramación y pago de sus cesantías, ya que habían sido devueltas por inconsistencias en el valor a pagar, a lo que la entidad muy acuciosamente respondió que serían reprogramadas nuevamente para pago en la nómina del 16 de septiembre de 2017. Indica que el pago fue efectuado sólo hasta el 5 de diciembre de 2017.

Finalmente, afirma que la solicitud de pago de sanción mora fue respondida mediante acto ficto administrativo negativo.

3. Normas Violadas y Concepto de Violación

Considera vulneradas las siguientes:

Constitución Política

Artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989.

Artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995.

Artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Decreto 2831 de 2005.

Consideró que las entidades obligadas a responder por dicha prestación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, han estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, al incurrir en una mora injustificada en el pago de las prestaciones sociales.

Sostuvo que la Ley 1071 del 2006 fue desconocida por parte de las entidades demandadas tanto en el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías, como en la negativa y pago de los intereses moratorios, que a su vez, se desconoció el artículo 4 que habla de un término de quince (15) días para el reconocimiento de las cesantías y los cuarenta y cinco (45) días hábiles para cancelar dicha prestación social; recalcando que se desconocieron tales términos a pesar de su perentoriedad.

4. Contestación de la Demanda

La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La entidad demandada se opone a todas y cada una de las declaraciones y condenas que solicita la parte actora, dado que el Ministerio no tiene obligación alguna de pagar sanción moratoria.

Señala que las competencias y las disposiciones del decreto 2831 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será efectuado a través de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas o la dependencia que haga sus veces.

Como argumentos de defensa estableció que, de conformidad con el numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se estableció el régimen de liquidación del auxilio de cesantías de docentes afiliados a dicho Fondo, se determinó que el mismo es el único habilitado para el pago del auxilio de cesantías, lo cual excluye a los beneficiarios de esta norma, de los demás regímenes de liquidación de cesantías previstas en normas generales, tales como la Ley 50 de 1990, la Ley 334 de 1996, la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006.

A su paso, afirma que con lo previsto en la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es la entidad encargada de efectuar los pagos de las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de dicha norma. No obstante, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica cuyos recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria La Previsora S.A, de acuerdo al contrato que suscribió el Ministerio de Educación Nacional. De tal manera, cualquier gasto que afecte el presupuesto de la Fiduciaria, debe contar con la respectiva apropiación presupuestal.

Como medios excepcionales planteó los siguientes:

“FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO- LITIS CONSORCIO NECESARIO- RESPONSABILIDAD DEL ENTE TERRITORIAL”; *“IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS”;* *“COMPENSACIÓN”;* *“CONDENA EN COSTAS” Y “GENÉRICA”.*

5. Alegatos de Conclusión.

5.1. Parte demandante.

Manifiesta que, de acuerdo con los documentos arrimados al proceso con la demanda, queda demostrado lo siguiente: La calidad de docente de la persona demandante; la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de la cesantía; el acto mediante el cual se reconoció a la actora el pago de la cesantía; la fecha en que le canceló la prestación reconocida, la cual obra en el expediente.

Con fundamento en tales presupuestos probatorios, considera posible la aplicación en el caso concreto de la Ley 1071 de 2006.

5.2. Nación – Ministerio De Educación Nacional- Fondo De Prestaciones Sociales del Magisterio. (Fls.12 a 27, C1)

Guardó silencio.

5.3. Ministerio Público.

No emitió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

1. Cuestión previa.

Resulta importante indicar que, en asuntos similares al aquí estudiado, existen pronunciamientos por parte de este Tribunal Administrativo – Sala Oral, en sentencias de primera instancia proferidas en audiencia simultánea llevada a cabo el día 07 de marzo de 2013¹, relacionadas con el pago tardío de las cesantía parciales, y se llegó a las siguientes conclusiones, las cuales se tendrán como precedente para el análisis del caso sub-examine:

- 1)** Es aplicable por identidad o analogía la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo 2007, con ponencia de Jesús María Lemus², y por tanto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe y puede conocer de la presente controversia, a la luz del artículo 104 del CPACA, y en sede de juicio ordinario declarativo, medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el

¹Sala Oral del Tribunal Administrativo de Caldas. Ponente: William Hernández Gómez. Radicados 17001-23-33-000-2012-00012-00 y 17001-23-33-000-2012-00080-00 demandado Nación-Ministerio de Educación – FNPSM – Ver también la sentencia del veintiséis (26) de agosto de 2015 M.P. William Hernández Gómez Rad: 2015-189.

²Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz. Demandado: Municipio de Cali.

artículo 138 del CPACA.

- 2) La Ley 1071 de 2006 es aplicable en su integridad al régimen especial de los docentes, y por tanto, se debe acatar el mandato legal allí contenido, relacionado con el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías parciales y definitivas.
- 3) Acorde con lo indicado en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, “(...) *el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas (...)*”. Claro está, previo descuento de un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales, se causará la sanción moratoria.

2. Problemas Jurídicos:

Teniendo claridad en lo expuesto anteriormente, compete a la Sala determinar conforme el recurso de apelación interpuesto, los siguientes interrogantes:

- 2.1. ¿Debe la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM asumir el pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 1071 de 2006 por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías reconocidas a la parte demandante?
- 2.2. ¿Las razones expuestas por la Nación Ministerio de Educación, FNPSM, justifican el reconocimiento y pago extemporáneo de las cesantías a la parte demandante?
- 2.3. ¿A partir de cual fecha se causaría la sanción moratoria?

3. Primer problema jurídico

Frente al primer interrogante planteado, considera la Sala de decisión que la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM debe asumir el pago de la sanción moratoria por las siguientes razones:

- a) El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 es diáfano al indicar que las prestaciones sociales las reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- b) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería

jurídica. Por tanto, es conclusión ineludible que judicialmente actúa a través de la Nación, y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación.

c) El artículo 288, superior, resalta que las competencias propias de la función administrativa se deben ejercer de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. En concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política³.

d) En ese sentido, la Ley 489 de 1998 define los *Principios de la función administrativa*, acorde con los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

e) El Consejo de Estado, en providencia de 5 de marzo de 2015⁴, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal – Sala Oral, en la cual se declaró infundada la excepción denominada “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”. Veamos el aparte pertinente de la providencia mencionada.

[...] De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales del magisterio, y que las secretarías de educación de los entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella. [...].”

Así las cosas, se concluye en este punto que efectivamente es la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM quien debe asumir el pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías reconocidas a la parte

³“**Artículo 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto de 5 de marzo de 2015, Expediente N° 170012333000 201300654 01.

demandante. Con fundamento en lo anterior, se declarará infundada la excepción de “FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO - LITIS CONSORCIO NECESARIO- RESPONSABILIDAD DEL ENTE TERRITORIAL” propuesta por la Nación - Ministerio de Educación Nacional. FNPSM.

4. Segundo problema jurídico.

En torno al segundo problema jurídico, en lo que tiene que ver con las razones expuestas por la Nación, Ministerio de Educación “FNPSM”, para el reconocimiento y pago extemporáneo de las cesantías a la parte demandante, advierte este Tribunal que no se justifican, conforme se pasa a exponer:

- La Ley 91 de 1989 regula con máxima claridad que las prestaciones sociales del magisterio son de cargo de la Nación, y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- El numeral 5 del artículo 2º y el artículo 5º de la Ley 91 de 1989 disponen lo siguiente:

“Artículo 2º.- De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

[...]

5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.”

“Artículo 5º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado...”

- Según el artículo 4º de la Ley 1071, la entidad a cargo tendrá un plazo máximo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, para expedir la resolución correspondiente, si el solicitante reúne todos los requisitos determinados en la ley. Al respecto se resalta:

“... Artículo 4º. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser

resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo....
(Subrayado fuera de texto).

- Así mismo, el artículo 5º de la ley 1071 de 2006 regula que para efectuar el pago, la entidad tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que lo ordena. Dice la norma:

“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...*”

- La Ley 1071 de 2006 es una típica regla o norma jurídica de acción⁵, y por tanto está destinada a evitar la ponderación por parte de la administración, porque son concluyentes y perentorios los términos allí establecidos, cuando se dan las condiciones de aplicación, en este caso, del reconocimiento y pago oportuno de las cesantías. Por ello los órganos jurisdiccionales deben dar aplicación a la norma jurídica, en razón de su fuente y mandato incuestionable⁶.
- En la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, citada como precedente para este asunto, se precisó: “[...] *En este sentido cabe afirmar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores [...]*”⁷.

La anterior afirmación también se predica de la Ley 1071 de 2006⁸ (arts. 4, 5 y 6).

- En la exposición de motivos del proyecto de ley que a la postre se convirtió en la Ley 244 de 1995, la cual fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, se precisó que la finalidad de la norma es la de lograr el pago puntual de las cesantías del servidor público, mediante un cronograma y un procedimiento ágil, que eviten que éste reciba una suma devaluada.

⁵ Las normas antes citadas están compuestas por enunciados que caracterizan las normas deónticas o regulativas, esto es, mandar, permitir, prohibir, o castigar (art. 4º L. 57 de 1887). Kelsen destacaba que la auténtica norma tiene consecuencias jurídicas, y a ello llamó la norma jurídica completa⁵. Por su parte Dworkin resaltó que las reglas de derecho, contrario a los principios, son mandatos de carácter binario, esto es, que se cumplen o no se cumplen; y Manuel Atienza sostiene que “[...] Las reglas de acción permiten simplificar el proceso de decisión de quien debe comportarse de acuerdo con ellas (el de quien debe cumplirlas o controlar su cumplimiento): lo único que debe hacer es comprobar si se han dado o no determinadas condiciones para hacer o dejar de hacer una determinada acción, desentendiéndose de las consecuencias, esto es, del proceso causal que va a desencadenar su comportamiento [...]”⁵.

⁶ *Ibidem*. Atienza. pp.32, 35.

⁷ Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz. Demandado: Municipio de Cali.

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

“[...] Si bien es cierto el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución Nacional establece que ‘...el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales...’, ello no significa que las demás prestaciones y retribuciones por el trabajo no deban ser pagadas oportunamente. Todo lo contrario, los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente entre otras razones porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y de sus familias.

No obstante lo anterior, la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites [...]”⁹.

- El reconocimiento y pago oportuno, de que trata el artículo 6º de la ley 1071 de 2006, no se opone al cumplimiento del orden en que debe pagarse, porque la teleología de la norma es la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas).

No se puede olvidar que las cesantías son ahorros del servidor público, que está administrando el Estado - patrono, para entregar al servidor en el momento que lo necesite, bien cuando quede cesante de manera definitiva, o bien en los eventos contemplados en la ley, que autoriza el anticipo parcial de las mismas, por vivienda o educación, básicamente.

- Si una regla jurídica es válida, dice Robert Alexy¹⁰, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos.

En consecuencia, advierte este Tribunal que la Ley 1071 de 2006 es una regla de acción, con mandatos perentorios de términos dentro de los cuales debe reconocerse y pagarse las cesantías, los cuales deben cumplirse, so pena de la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5º *ibídem*¹¹.

4.1. Precedente jurisprudencial aplicable.

El Consejo de Estado se pronunció en asunto similar al presente en sentencia del 22 de enero de 2015, Magistrada Ponente: Dra. Sandra Liseeth Ibarra Vélez, Radicación número: 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14), Demandante: Yaneth Lucía Gutiérrez

⁹ Gaceta del Congreso 225 de 1995, página 1.

¹⁰ Alexy, Robert. (1988): Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. En Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho, nº 5. pp. 143 - 144. http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf

¹¹ “[...] PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este. [...]”.

Gutiérrez, Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Ibagué (Tolima).

En el mencionado caso una docente solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías. En dicha providencia el Consejo de Estado aplica las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, concretamente en los términos a los que se debe sujetar la entidad para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas en un caso específico de una docente, como en el sub-lite.

Es decir, al ser los docentes servidores públicos, se encuentran dentro del campo de aplicación de las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por lo tanto, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, debe cumplir los términos previstos en los artículos 1º y 2º de la Ley 244 de 1995 al igual que los artículos 4º y 5º de la ley 1071 de 2006, cuyo incumplimiento genera la sanción por la mora regulada en dicha normativa.

De conformidad con lo anterior, el Tribunal se acoge a la tesis expuesta del Consejo de Estado, la cual resulta igualmente acorde con la línea argumentativa que ha sostenido como precedente horizontal, frente a la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías de los docentes.

5. Tercer problema jurídico.

El Tribunal de nuevo invoca como precedente altamente persuasivo, la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, denominada de interés jurídico, del 27 de marzo 2007, con ponencia del doctor Jesús María Lemos¹², en la que se argumentó que si el reconocimiento y pago de las cesantías es tardío, entonces se debe contabilizar el término para efectos de la sanción moratoria, desde la fecha de presentación de la solicitud de liquidación o anticipo de las cesantías.

Las principales razones expuestas por el Consejo de Estado, y que comparte plenamente el Tribunal Administrativo de Caldas, son las siguientes:

1. Se recalca que la regla jurídica de acción, con enunciados deónticos regulativos, contenidos en la Ley 1071, tiene como teleología establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas o parciales. Por ello la administración debe expedir la resolución en forma oportuna. La falta de respuesta o las respuestas evasivas acarrearán perjuicio al

¹² Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz. Demandado: Municipio de Cali.

petionario.

Dice la sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado: “[...] Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 (léase L. 1071), el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.[...]” (Subrayado fuera de texto)

Más adelante precisa la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado: “[...] Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudirse a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante. [...]”

Ahora bien, el reconocimiento de las cesantías comprende varias sub etapas a saber: expedición del acto administrativo de reconocimiento, para lo cual la administración dispone de un término de 15 días; notificación de dicho acto administrativo, dentro del término que corresponda según se trate de notificación personal, por aviso o por medios electrónicos; ejecutoria del acto administrativo que será de 5 días si la petición de cesantías se hizo en vigencia del C.C.A., o de 10 días si lo propio se hizo en vigencia del CPACA; Si se interponen recursos en vía gubernativa, la administración cuenta con un término de 15 días para resolverlos; finalmente, ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento, comienza a correr el término de 45 días para el pago efectivo de la cesantía, sea esta parcial o definitiva.

Mediante sentencia de unificación, el Consejo de Estado se ha encargado de precisar el modo en que han de computarse los términos en cada sub etapa, a efectos de establecer el momento a partir del cual se genera la mora por parte de la Administración.

Resulta importante entonces indicar que, conforme a la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018², relacionada con el pago tardío de cesantías parciales o definitivas, se tendrán en cuenta los siguientes parámetros para el análisis del caso:

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 ley³ 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.

Es así como mediante la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018¹³, la Alta Corporación condensó su análisis sobre el tema en el siguiente cuadro:

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación por Importancia Jurídica, proferida el 18 de julio de 2018.

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ¹⁴	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

En el caso concreto se tiene acreditado:

1. La solicitud de pago de las cesantías se presentó el día 11 de julio de 2016, tal y como lo señala la parte demandante y lo reconoce la entidad en el acto administrativo de reconocimiento de dicha prestación. (Fl. 37, Archivo 001) Luego entonces, los 15 días para la expedición del acto administrativo se cumplieron el 2 de agosto de 2016; no obstante, la entidad expidió la Resolución No. 756, el 1° de diciembre de 2016, esto es, por fuera del término legalmente establecido.
2. Dado lo anterior y atendiendo la sentencia de unificación ya referida, en este caso se contabilizan los términos así:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición

¹⁴ Se consideran los supuestos de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

3. De lo anterior se deduce, que el plazo total de 70 días hábiles posteriores a la fecha de solicitud, dentro de los cuales se debió reconocer y pagar las cesantías parciales, se cumplieron el día 20 de octubre de 2016.
4. Las cesantías parciales fueron dejadas a disposición del docente el 23 de junio de 2017 en entidad bancaria, tal y como fue certificado por la Fiduprevisora S.A. a folio 56 del cuaderno 1. Al respecto conviene señalar que el pago de tales cesantías fue posteriormente reprogramado debido a los contratiempos que el accionante tuvo con el banco para que éste le autorizara el retiro de las mismas; y aunque en la demanda se indica que fue necesario que la entidad demandada emitiera un acto administrativo aclaratorio donde se especificara el valor a entregar luego de que se hiciese efectiva una medida de embargo por alimentos que recaía en el actor, lo cierto es que el pago efectivo se produjo el 5 de diciembre de 2017, vale decir, días antes de que se expidiera el referido acto aclaratorio (Resolución 00001 del 4 de enero de 2018), circunstancia que permite concluir que no fue la ausencia del acto aclaratorio lo que necesariamente impidió el retiro de las cesantías sino la negativa del banco para proceder a entregar la suma en el monto tal y como fue consignado en su momento por la aquí demandada. Por lo anterior, se tendrá como fecha de cumplimiento de la obligación, el 23 de junio de 2017.
5. Así las cosas, el señor David Gutiérrez Canal tiene derecho al pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, desde el **21 de octubre de 2016** (día siguiente a los 70 días hábiles de plazo total) hasta el **22 de junio de 2017 “inclusive”** (en tanto el 23 de junio de 2017 se dejó a su disposición el desembolso de las cesantías a través de entidad bancaria).
6. Así mismo, se tiene que el demandante presentó derecho de petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria a la Nación, Ministerio de Educación, FNPSM, con fecha 6 de marzo de 2018, conforme a lo referido en la demanda y no desvirtuado por la entidad en sus intervenciones.
7. La Nación, Ministerio de Educación, FNPSM, no dio respuesta a la petición presentada por el señor David Gutiérrez Canal.
8. Como se trata del pago de cesantías parciales, se tendrá en cuenta como base para la liquidación de la sanción moratoria, el salario percibido en los años 2016 y 2017, según el periodo a liquidar.

9. Indexación de la sanción moratoria.¹⁵

La jurisprudencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado apunta a la tesis según la cual, no resulta procedente la indexación de la sanción moratoria porque ésta penaliza la negligencia del empleador en la obligación de reconocer y pagar oportunamente las cesantías a sus empleados, que en términos monetarios constituyen sumas de dinero mayores a la actualización a valor presente.

Ha dicho la Alta Corporación que, “*al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo*” y que “*las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa.*”¹⁶

Se ha considerado por la jurisprudencia en cita, que “*En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.*”

En efecto, la sentencia de Unificación de fecha 18 de julio de 2018, emanada de la Sección Segunda del Consejo de Estado, hace énfasis en que la improcedencia de la indexación de las sumas que componen la sanción moratoria por cesantías, se entiende “*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA*”, referente al ajuste de las condenas conforme al IPC, actualización esta última que opera por disposición de la misma ley, ante lo cual no pudiera entenderse que por el hecho de que la sentencia de unificación, en los puntos de resolución del caso concreto, no ordenó la actualización conforme al artículo 187 del CPACA, estaría indicando que no debe darse alcance a dicha norma, cuando su aplicación deviene del mandato del legislador, sin que en la sentencia de unificación se dispusiera su inaplicación.

¹⁵ Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Tercera de Decisión, Magistrado Ponente Dohor Edwin Varón Vivas. Sentencia del 20 de mayo de 2022, proceso de NYRD radicado 2021-00053-02.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D. C. Dieciocho (18) de Julio de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15)

Aspecto que ha sido reiterado por el H. Consejo de Estado¹⁷, precisando que, «según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero».

«De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia ~ art. 187 - y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA. (...)».

En consecuencia, resulta procedente disponer la actualización de la condena, aplicando para ello la siguiente fórmula¹⁸:

R. = Rh. Índice Final

Índice Inicial

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde al valor de la sanción moratoria (suma total consolidada), por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente en la fecha en que cesó la causación de la mora).

Finalmente, no se declarará probada la excepción de compensación comoquiera que la demandada no acreditó la existencia de suma alguna pagada en favor de la demandante y respecto de la cual se pueda aplicar dicho modo de extinción total o parcial de la obligación. Y frente a la excepción denominada “Improcedencia de la indexación” su análisis se subsume en las consideraciones de la Sala para resolver el presente asunto.

6. Costas y Agencias en Derecho

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹³ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, C.P. William Hernández Gómez.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Sentencia del 5 de agosto de 2010, Expediente No. 08001-23-31-000-2008-00394-01(1521-09), Actora: Aminta Elena Galvis Baldovino.

En este caso se causaron las costas procesales en razón a la actividad desplegada por la parte demandante a través de apoderado judicial, esto es, la presentación de la demanda y los alegatos de conclusión; gestiones útiles que conllevaron a proferir un fallo acogiendo las pretensiones por aquella planteadas. Desde la presentación de la demanda en el año 2019 hasta la sentencia de primera instancia que ahora se profiere, la parte actora se ha visto en la necesidad de acudir a los servicios profesionales de un apoderado judicial con las erogaciones propias que ello conlleva.

Por lo anterior, conforme al artículo 188 del C.P.A.C.A., se condenará en costas a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, las cuales se liquidarán de acuerdo a lo previsto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

Igualmente, SE FIJAN las agencias en derecho equivalentes a 1%¹⁹ de las pretensiones de la demanda a cargo de la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta la gestión realizada por el apoderado de la parte demandante, tal y como se explicó en precedencia

Finalmente, la Sala de Decisión observa que, dada la situación que da origen a la presente condena y de manera concreta, el trámite que fue impreso a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías, cuya tardanza da origen al reconocimiento de la sanción moratoria, se considera procedente compulsar copias para ante la Procuraduría General de la Nación – Regional Caldas – y la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental -, con el fin de que dichos organismos de control, valoren la necesidad de adelantar las indagaciones que consideren pertinentes.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se declaran infundadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

Segundo: Se declara la nulidad del acto administrativo ficto, surgido con ocasión de la petición de fecha 6 de marzo de 2018, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora deprecada por la parte demandante.

¹⁹ Acuerdo PSAA-16 10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Tercero: A título de restablecimiento del derecho, **se ordena** a la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM el pago de la sanción por mora de las cesantías parciales del demandante, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, desde el **21 de octubre de 2016** hasta el **22 de junio de 2017 “inclusive”**. Para la liquidación de la sanción moratoria se tendrá en cuenta el salario percibido en los años 2016 y 2017, según el periodo o año a liquidar.

Cuarto: La condena al pago de la cantidad líquida de dinero de que trata el numeral anterior se ajustará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA y de acuerdo con la fórmula establecida por el Consejo de Estado.

Quinto: Se condena en costas a la parte demandada y a favor del demandante. Se fijan agencias en derecho equivalentes a 1% de las pretensiones de la demanda, a cargo de la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sexto: Por la Secretaría de esta Corporación, **compúlsense copias** para ante la Procuraduría General de la Nación – Regional Caldas – y la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental -, con el fin de que dichos organismos de control valoren la necesidad de adelantar las indagaciones que consideren pertinentes.

Séptimo: Se ordena a la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que dé cumplimiento a esta sentencia conforme lo disponen los artículos 192 y 194 del CPACA.

Octavo: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

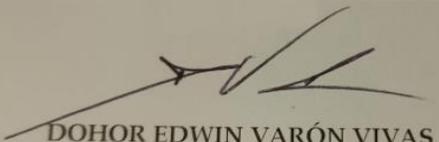
Noveno: Ejecutoriada esta providencia, **líquidense** los gastos del proceso, **devuélvase** los remanentes si los hubiere. **Archívense** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el Programa Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase

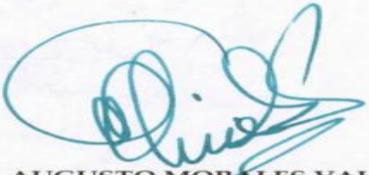
Discutido y aprobado en Sala de Ordinaria de Decisión celebrada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Segunda Oral de Decisión
Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Radicado	17-001-23-33-000-2019-00474-00
Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Rosa Amilvia López Villegas
Accionado	La Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Municipio de Marulanda – Caldas.
Providencia	Sentencia No. 190

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión Oral, integrada por el Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán y por los Magistrados Dohor Edwin Varón Vivas y Augusto Morales Valencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede a dictar sentencia dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por la señora Rosa Amilvia López Villegas contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y el municipio de Marulanda - Caldas.

Al no encontrarse irregularidad alguna que pueda dar lugar a la nulidad de lo actuado, se procede a proferir la sentencia que finalice la instancia.

1. Pretensiones.

“1. Que se declare la nulidad del Acto Administrativo ficto configurado el día 08 de julio de 2019, proferido por El MUNICIPIO DE MARULANDA frente a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas, realizada el 08 de abril de 2019 y causadas en el (los) año (s) 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001; las que han ocasionado el incumplimiento de la consignación anualizada de las cesantías en el respectivo fondo. Así mismo negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada del incumplimiento en la consignación anualizada de las cesantías, en el respectivo fondo.

2. Que se declare la nulidad de la decisión contenida en el Oficio PS-0794 del 11 de abril de 2019 proferido por FONDO PRESTACIONAL DEL MAGISTERIO; frente a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas causadas en el (los) año (s) 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001, las que han ocasionado el incumplimiento de la consignación anualizada de las cesantías en el respectivo fondo. Así mismo negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada del incumplimiento en la consignación anualizada de las cesantías, en el respectivo fondo.

3. Que se declare que mi mandante tiene derecho a que el MUNICIPIO DE MARULANDA y la NACIÓN-MEN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO le reconozca y pague las cesantías anualizadas que le adeudan, causadas en el año 1995, 1996, 1997,1998,1999,2000 y las siguientes que se causaron hasta el año 2001.

4. Que se declare que mi mandante tiene derecho a que el MUNICIPIO DE MARULANDA y la NACIÓN-MEN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO le reconozca y pague la sanción moratoria, derivada del incumplimiento en la consignación anualizada de las cesantías en el respectivo fondo.

CONDENAS:

A título de restablecimiento del derecho se ordene:

1. Se condene al MUNICIPIO DE MARULANDA y la NACIÓN MEN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO le reconozca y pague las cesantías anualizadas que le adeudan, en el (los) año (s) 1995, 1996, 1997,1998,1999,2000, y 2001 y las que han ocasionado el incumplimiento de la consignación anualizada de las cesantías.

2. Se condene al MUNICIPIO DE MARULANDA y la NACIÓN - MEN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a pagar la sanción moratoria consagrada en la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 del 1998, que surge desde la omisión de la consignación de las cesantías causadas en el (los) año (s) 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, y 2001 con permanencia en el tiempo hasta cuando se efectuó el pago correspondiente, sanción que debe correr en forma particular para cada una de las anualidades de cesantías que se adeudan y que se actualicen los valores debidos, con base en el índice de precios al consumidor y con los intereses respectivos.

3. Se ordene al MUNICIPIO DE MARULANDA y la NACIÓN MEN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria reconocida en la sentencia.

4. Que ordene el cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

5. Condenar en costas a la entidad demandada.”

2. Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda se indica lo siguiente:

La señora Rosa Amilvia López Villegas labora en el Municipio de Marulanda - Caldas desde el año 1995 hasta la fecha.

El municipio de Marulanda - Caldas no consignó dentro del plazo fijado en la ley, las cesantías correspondientes a los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, y 2001, es decir, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación.

El 8 de julio de 2019 se presentó reclamación ante la entidad territorial con la finalidad de que se reconocieran y pagaran las cesantías no consignadas causadas en los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, y 2001, la cual fue resuelta mediante acto ficto negativo.

El 6 de abril de 2019 se presentó reclamación ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que se reconocieran y pagaran las cesantías no consignadas causadas en los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, y 2001, la cual fue resuelta en sentido negativo mediante Oficio PS - 0794 del 11 de abril de 2019.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Artículos 13, 25, 83 y 58 de la Constitución Política; artículos 13 y 15 de la Ley 344 de 1946; Artículo 1 y 2 del Decreto 1582 de 1998; Artículo 1 y 2 del Decreto 1252 de 2000; Ley 91 de 1989 y Decreto 3118 de 1968.

Indicó que las cesantías fueron consagradas en la Ley 6 de 1945 como un derecho del trabajador y una obligación a cargo del Estado. Y por su parte el Decreto 3118 de 1968 determinó como uno de los objetivos del Fondo Nacional del Ahorro el pago oportuno de las cesantías a los empleados públicos y trabajadores oficiales, es decir, que las cesantías dejaron de ser una obligación de la Caja Nacional de Previsión Social.

Precisó que las cesantías así concebidas se liquidaban con base en el régimen de retroactividad; no obstante, en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se estableció una forma diferente de liquidación, la cual se aplicó a las relaciones laborales regidas por el Código Sustantivo del Trabajo.

Pese a ello, con la expedición de la Ley 344 de 1996 se consagró el régimen anualizado de liquidación de cesantías para los servidores públicos que se vincularan a partir de su vigencia; y el Decreto 1582 de 1998 estableció un nuevo régimen de cesantías para los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996. En este orden de ideas, los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 se encuentran cobijados por el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad, pero que se hubieran acogido a este régimen; y para la liquidación y pago se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y demás normas concordantes.

Explicó que, en consecuencia, se evidencian dos sistemas de liquidación de cesantías para los servidores públicos del orden territorial: 1. El sistema retroactivo de cesantías, que se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses, determinado por la Ley 6 de 1945 y demás disposiciones que la reglamentan o modifican, el cual se aplica para los vinculados antes del 30 de diciembre de 1996. Y 2. El sistema de liquidación definitiva anual, manejado a través de los fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, aplicado para los vinculados con posterioridad al 31 de diciembre de 1996.

Adujo que los docentes municipales son empleados públicos, y resaltó que su régimen de prestaciones sociales, que incluye no solo al personal nacional y nacionalizado sino también al territorial, está establecido en la Ley 91 de 1989 para el personal que figure vinculado

antes del 31 de diciembre de 1989; y el que ingresó con posterioridad, se rige por las normas aplicables a los empleados del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969 y Decreto 1045 de 1978, en concordancia con la Ley 60 de 1993.

Aseguró que por ello existe una diferencia entre el régimen prestacional de los servidores públicos vinculados antes de la expedición de la Ley 91 de 1989 y los vinculados con posterioridad, pues los primeros conservan el régimen de liquidación retroactiva, mientras que los segundos se rigen por el régimen de liquidación anualizada.

Indicó que la mencionada Ley 91 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual atiende las prestaciones sociales de los docentes vinculados antes o después de la expedición de esa norma, y de conformidad con el numeral 3 del artículo 15 de esta disposición, el fondo debe pagar a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicios, o proporcionalmente, sobre el último salario devengado; y para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y los nacionales, el fondo reconocerá un interés anual sobre el saldo de esas cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés que, de acuerdo a la certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo periodo.

Que la Ley 812 de 2003 previó que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentra vinculados al servicio público oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de esa ley.

Precisó en cuanto a la afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que la Ley 43 de 1975 ordenó la nacionalización de la educación, y señaló que quedarían automáticamente afiliados al fondo los docentes nacionales o nacionalizados vinculados a la fecha de promulgación de la Ley 91 de 1989; y que posteriormente el Decreto 1752 de 2003 previó en el artículo 1° la obligación en cabeza de los entes territoriales de efectuar la afiliación al fondo de los docentes que estuvieran vinculados a plantas de personal antes del 31 de octubre de 2004.

Finalmente, y en relación con la sanción moratoria, hizo alusión a la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 para referenciar la penalidad establecida por el pago tardío de cesantías, para indicar que en el evento en que no se realice el pago de las misma dentro del término establecido en estas normas, es procedente reconocer la sanción allí prevista, misma que puede ser aplicada a los docentes en virtud del principio de favorabilidad.

Contestación de la demanda.

4.1. Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones

Sociales del Magisterio.

En relación con los hechos indicó que unos eran ciertos; que otros no le constaban y de otros que se atenía a lo que resultara probado en el proceso. Seguidamente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Propuso las excepciones que denominó: “Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido” pues asegura que el pago de las cesantías se realizó en debida forma y por lo tanto tampoco en su responsabilidad el pago de los intereses moratorios deprecados; “Reconocimiento oficioso o genérica”: pidió se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada en el proceso.

Alude a la improcedencia de la sanción mora cuando se presenta el reajuste de las mismas, hipótesis ésta que no se plantea en la demanda.

4.2. Municipio de Marulanda – Caldas.

Guardó silencio.

5. Audiencia inicial.

Mediante auto del 15 de diciembre de 2021 se prescindió de la audiencia inicial de conformidad con el artículo 182A de la Ley 2080 de 2021 que adicionó el CPACA.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte Demandante.

Reitera los argumentos de la demanda y culmina solicitando la aplicación de un criterio subjetivo valorativo al momento de condenar en costas.

6.2. Parte demandada

La Nación – Ministerio de Educación – FNPSM y el municipio de Marulanda – Caldas no presentaron alegatos de conclusión.

7. Concepto del Ministerio Público.

Considera que los actos administrativos acusados no contravienen el ordenamiento jurídico, por cuanto la decisión administrativa de negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el supuesto incumplimiento en la consignación de las cesantías anuales, de conformidad con lo previsto en las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, se sujetó a la

normatividad en la que debía fundarse y, por lo tanto, es ajustada a derecho, motivo por el cual procede desestimar los cargos de nulidad sustancial formulados en la demanda y negar las pretensiones. En relación con las cesantías anualizadas causadas en los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001, no aparece acreditada en el expediente la consignación de las mismas, por lo que el municipio debe cumplir esa obligación con sujeción a la ley, conforme a las consideraciones antes enunciadas. Con fundamento en las razones jurídicas que anteceden, el Ministerio Público solicita negar las pretensiones de la demanda instaurada en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del proceso de la referencia, en cuanto a la sanción moratoria reclamada por la parte demandante.

II. Consideraciones de la Sala¹

De conformidad con los supuestos fácticos de la demanda, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a los siguientes:

- ¿Tiene derecho la parte demandante a que se le reconozcan y paguen las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001; y, en caso positivo, qué entidad debe hacerse responsable del pago de esta prestación?

En caso que deban reconocerse y pagarse las cesantías se deberá analizar:

- ¿Tiene derecho la señora Rosa Amilvia López Villegas a que se le reconozca sanción moratoria por la no consignación de las cesantías de los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001; u operó el fenómeno de la prescripción?

1. Marco normativo

Frente al régimen anualizado de cesantías, la Ley 50 de 1990, por medio de la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías en los siguientes términos:

ARTÍCULO 99.- Reglamentado por el Decreto 1176 de 1991. *El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:*

1ª. 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 la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas

¹ Ver antecedente del Tribunal Administrativo de Caldas- Sala Primera de Decisión, Magistrado Ponente Carlos Manuel Zapata Jaimes. Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el número 17-001-23-33-000-2019-00116-00. Sentencia de primera instancia con fecha del 20 de agosto de 2021.

vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. 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 retardo. Ver **Oficio de fecha 25.11.98**. Secretaría Distrital de Salud. Fondo Nacional del Ahorro. CJA09751998

4ª. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

5ª. Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto.

6ª. Los Fondos de Cesantía serán administrados por las sociedades cuya creación se autoriza, y cuyas características serán precisadas en los decretos que dicta el Gobierno Nacional, en orden a:

a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;

b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.

7ª. Todos los aspectos que no se modifiquen específicamente por esta Ley, continuarán regulados por las normas vigentes del régimen tradicional relativas al auxilio de cesantía.

PARÁGRAFO.- En el evento que los empleadores deban efectuar la liquidación y consignación de la cesantía a que se refiere este artículo y no existan suficientes Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantías autorizadas para funcionar, el Gobierno Nacional podrá transitoriamente autorizar a otras entidades u ordenar a las instituciones financieras con participación estatal mayoritaria para que cumplan las funciones de Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía.

Esta norma estaba destinada únicamente a los trabajadores cobijados por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo; sin embargo, con la expedición de la Ley 344 de 1996 se hizo extensiva a los servidores públicos las disposiciones concernientes a las cesantías.

En efecto, la Ley 344 de 1996 definió el régimen anualizado de liquidación de cesantías para los servidores públicos que se vincularan a partir de su vigencia, y puntualmente en su artículo 13 previó lo siguiente:

ARTÍCULO 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, 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 demás 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.

<Inciso 3o. INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, que reglamentó parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, dispuso en su artículo 1 que: “El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 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 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998 (...)”.

Así mismo, el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1991, previó una penalidad a cargo del empleador, a título de sanción, por la tardanza en la consignación del auxilio de cesantías al fondo al que el empleado se encuentre afiliado, para lo cual estimó la fecha en la que la obligación se haría exigible, de modo que frente a la mora en la consignación de dicha prestación resulta procedente el pago de una sanción correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. Es decir, si al 15 de febrero de la siguiente anualidad no se verifica el depósito del monto correspondiente en el fondo de cesantías al que el empleado se encuentre afiliado, el mismo podrá requerir el reconocimiento y pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, antes citado.

En relación con los docentes, hasta antes de la expedición de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales de los empleados públicos habían sido expedidas de manera genérica, y sin hacer una referencia expresa a este personal; no obstante, con esta norma se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y con él se determinó que esta entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes, y determinó para ello cuál sería el personal docente nacional, nacionalizado y territorial; del mismo modo, cuál sería el régimen aplicable para cada uno de ellos, así:

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

1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.
2. 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.

3. *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.

...

Por su parte, el artículo 2 ibídem reguló lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 2. De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

(...)

5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

Y el artículo 15 en relación con las cesantías dispuso:

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 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley

...

3. Cesantías:

A. 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.

B. 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 1o. 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 de 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, acumuladas 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.” (Se resalta)

De acuerdo a lo anterior, el régimen aplicable al reconocimiento de cesantías fue unificado con la Ley 91 de 1989 para todos aquellos docentes que se vincularan con posterioridad al 1º de enero de 1990, e incluso para los docentes nacionales vinculados a la fecha de expedición de la referida ley, estos últimos frente a las cesantías causadas con posterioridad a la referida fecha.

Así las cosas, por expresa disposición legal, el régimen de cesantías para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 es anualizado, indistintamente del orden nacional, nacionalizado o territorial de su vinculación, pues la norma únicamente estableció diferencias con base a este último factor –orden de la vinculación- únicamente en casos de docentes vinculados con anterioridad a dicha fecha.

Las anteriores aseveraciones encuentran respaldo en providencia del 25 de marzo de 2010, proferida por el Consejo de Estado¹, en la cual se explicó:

Se deduce entonces, que la Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como de docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.

Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

*En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y a los docentes nacionales **y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses”.** (Se destaca)*

Ahora bien, la Ley 812 de 2003 en su artículo 81 señaló que el régimen prestacional de “*Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley*”.

Con fundamento en lo anterior, y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003 estableció:

Artículo 1°.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4° y

5° del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1°.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar.

Parágrafo 2°.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5°. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

1. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el FONPET al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

2. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.
(Subrayas de la Sala)

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09).

Al dejar claro lo anterior, debe advertirse que en épocas anteriores las Altas Cortes plantearon la posición de que la Ley 50 de 1990 no era aplicable a los docentes en atención a que no estaban amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en esta norma, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, cuyo artículo 13 les hizo extensivas las normas vigentes en materia de cesantías, pero se hizo la salvedad de que ello era sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989, lo que se tradujo en que lo allí dispuesto no cobijaba al personal docente.

Sin embargo, esta posición fue replanteada tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, quienes en virtud del principio de favorabilidad aceptaron que esta norma fuera aplicada a los docentes en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, ya que la Ley 91 de 1989 nada previó al respecto, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso, tal como se planteó en las sentencias SU-098 de 2018 y sentencia SU-332 de 2019 de la Corte Constitucional, y como lo expuso el Consejo de Estado en providencia de la Sección Segunda – Subsección A del 5 de noviembre de 2020, radicado 08001-23-33-000-2013-00782-01(1644-16) en la que concluyó:

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Por ende, se aplicará el anterior criterio a fin de establecer si la demandante es beneficiaria de la sanción pretendida en la demanda, en los términos del segundo problema jurídico planteado al inicio de estas consideraciones.

2. Caso concreto

Mediante Decreto 042 del 22 de septiembre de 1995 se nombró a la señora Rosa Amilvia López Villegas en el cargo de docente en la Escuela Rural La Laguna del corregimiento de Montebonito, municipio de Marulanda-Caldas; cargo del cual tomó posesión el día 22 de septiembre de 1995 (fls. 63 y 64 C.1).

A través de Resolución nro. 5892-6 del 26 de julio de 2016, el Secretario de Educación del Departamento de Caldas reconoció unas cesantías parciales por valor de \$28.269.620; suma de dinero que se sostuvo sería cancelada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 65 a 67).

En este acto administrativo se consignó que la docente había prestado sus servicios durante 20 años, 3 meses y 9 días; lapso comprendido entre el 1995/9/22 hasta el 2015/12/30.

En la parte motiva de esta resolución, se realizó un cuadro que contenía los siguientes reportes de cesantías desde el año 2002:

2002	622.047
2003	1.095.266
2004	1.153.094
2005	1.287.093
2006	1.458.546
2007	1.364.498
2008	1.610.909
2009	2.063.252
2010	2.329.541
2011	2.638.606
2012	2.874.075
2013	2.972.943
2014	3.178.171
2015	3.621.579
VALOR TOTAL CESANTÍAS LIQUIDADAS	\$ 28.269.620

Mediante peticiones enviadas tanto a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como al municipio de Marulanda, la señora Rosa Amilvia López Villegas solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas que se le adeudaban por los años 1995 a 2001, su indexación y la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006, modificatoria de la Ley 244 de 1995, por la no consignación de las cesantías en tiempo (fols. 44 a 58).

A través de oficio PS-0794 del 11 de abril de 2019, la Secretaría de Educación del departamento de Caldas respondió la reclamación administrativa presentada por la demandante, indicando que las obligaciones relacionadas con dicha prestación estaban a cargo de cada entidad territorial en articulación con la Fiduprevisora S.A. como entidad encargada de la administración de los recursos del FNPSM, por lo que no era procedente acceder a su reclamación, la cual además sería remitida a la fiduciaria (fl. 59).

El municipio de Marulanda no respondió la petición mediante acto administrativo expreso y por lo tanto, dicho silencio administrativo dio lugar al acto administrativo ficto o presunto de carácter negativo que se demanda a través del presente medio de control.

Al descender al caso concreto, se encuentra probado que la señora Rosa Amilvia López Villegas pertenece al régimen de cesantías anualizado, ya que se posesionó el 22 de septiembre de 1995 en el cargo de docente de la Escuela Rural La Laguna del corregimiento de Montebonito, municipio de Marulanda-Caldas, es decir, con posterioridad al 1° de enero de 1990, lo que le da derecho a que sus cesantías sean consignadas cada año antes del 14 de febrero.

Ahora, frente a la consignación de las cesantías correspondientes a los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001 debe advertirse, de acuerdo a lo probado en el expediente, que en la resolución que reconoció unas cesantías parciales a la docente en el año 2016, al momento de relacionarse el reporte de las mismas, no se consignó valor alguno por los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001. En dicho acto administrativo se indicó que el pago parcial de cesantías se reconocía por los años 2002 a 2015, motivo por el cual resulta claro que no fueron incluidas las cesantías causadas en los años indicados en la demanda y que fueron objeto de reclamación en vía administrativa.

Aunado a ello, el Municipio de Marulanda ha guardado absoluto silencio en torno a la reclamación que en un primer momento le hizo la demandante en vía administrativa y luego en sede judicial a través del presente medio de control.

Entre tanto, se ha determinado que el acto administrativo de vinculación fue suscrito por el Alcalde Municipal sin que mediara autorización de la Nación – Ministerio de Educación para la creación de dicha plaza; por ende, era obligación del municipio hacerse cargo del pago de los salarios y prestaciones sociales de la docente, incluyendo la consignación oportuna de las cesantías al FNPSM.

Téngase en cuenta, además, que la negación indefinida que se hace en la demanda no fue desvirtuada por el ente territorial con la prueba pertinente en punto a la consignación oportuna de las cesantías anuales en favor de la docente. Por su parte, el departamento de Caldas aduce que el pago de las cesantías por el periodo objeto de reclamación, estaba a cargo del respectivo municipio en articulación con la Fiduprevisora S.A.; y no da cuenta de alguna incorporación de dicha docente a la planta departamental a partir del año 1995 o en años subsiguientes.

De lo anterior se puede inferir que a la docente López Villegas no se le reconocieron y pagaron las cesantías causadas durante los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001, lo que hace procedente su reconocimiento. Así mismo, que dicha obligación no radicaba en cabeza del departamento de Caldas, sino que el directo responsable era el Municipio de Marulanda, ya que para estos años se trataba de una docente que hacía parte de la planta de personal del ente territorial, sin que este hubiera demostrado que su pago correspondía a otra entidad.

Debe resaltarse además que no hay prescripción del derecho, pues la docente fue

nombrada por el Municipio de Marulanda y esa relación laboral se encontraba vigente al momento de presentarse la demanda, tal y como fue referido por la actora y no desvirtuado por las demandadas; circunstancias que impide la ocurrencia de la prescripción del derecho al pago o consignación de las cesantías propiamente dichas.

Por lo anterior, y siguiendo los lineamientos del Consejo de Estado en casos similares al presente², se ordenará al municipio de Marulanda que proceda a reconocer a la docente López Villegas las cesantías correspondientes a los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001, y proceda a realizar su consignación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.1. De la sanción por mora.

Lo primero que deberá advertirse sobre este tema, es que tanto en sede administrativa como en el concepto de la violación planteado en la demanda, la parte actora hizo alusión a que la sanción moratoria debía ser reconocida conforme lo establecido en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, las cuales fijaron los términos para el pago oportuno de las cesantías y establecieron las sanciones en caso de incumplimiento a favor de los servidores públicos.

La Ley 244 de 1995 contempló:

Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

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

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

La anterior disposición fue modificada por la Ley 1071 de 2006, en la cual se ampliaron los destinatarios de la norma.

Como puede observarse, estas disposiciones no sólo impusieron unos términos específicos para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías, sino que también indicaron una sanción por el no cumplimiento de los plazos establecidos a favor de los

² sección segunda - subsección a, 17 de junio de 2021 - radicación número: 08001-23-31-000-2014-00815-01(4979-17)

trabajadores públicos, dentro de los cuales se incluyeron los docentes, quienes también son destinatarios de estas normas.

Sin embargo, se infiere que esta sanción fue establecida para aquellos eventos en que se reclame la prestación por parte del trabajador bien sea para vivienda, educación o cuando termina la relación laboral y la misma no es reconocida y pagada en los términos allí previsto, pero no es la norma que determina la sanción atinente al evento en que las cesantías no son consignadas en el fondo antes del 14 de febrero de cada año, que es la que en este caso se está reclamando por la parte actora, derivada del no pago de las cesantías de los años 1993, 1994 y 1995.

Pese a que el supuesto normativo que adujo el accionante para el reconocimiento de la sanción no es el procedente pues invocó la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, la Sala analizará si por el no pago de las cesantías de los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001 se generó la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, norma que según se aclaró en el anterior problema jurídico es aplicable a los docentes que reciben cesantías bajo el régimen anualizado, y que sí determina la posibilidad de aplicar en virtud del principio de favorabilidad el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías al Fondo de Prestaciones Sociales.

La sanción que estableció la Ley 50 de 1990 en el numeral 3 del artículo 99 por la tardanza en la consignación del auxilio de cesantías al fondo al que el empleado se encuentre afiliado, consiste en reconocer un día de salario por cada día de retraso, que se contabiliza a partir del 15 de febrero del año siguiente al de la causación del derecho, supuesto que sería aplicable a este caso, ya que se dejó claro que a la señora demandante no se le consignaron cesantías por los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001, lo que denotaría el derecho que tiene a la penalidad indicada.

A pesar de lo anterior, debe estudiarse si esa sanción moratoria se reclamó en término o prescribió, y para ello es necesario hacer referencia a la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, aclarada a través de sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020, que estudiaron el tema de la prescripción de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990.

La sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, proferida dentro del proceso radicado 08001-23-31-000-2011-00628-01 (0528-14) concluyó lo siguiente:

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

(...)

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de

196915, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990.

(...)

Conclusiones

1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.

2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral. 3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.

4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.

5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.

Y en la sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020, proceso con radicado 08001- 23-33-000-2013-00666-01 se determinó sobre la prescripción:

Reglas de unificación jurisprudencial.

87. De acuerdo con lo anterior, la Sección Segunda fija la siguiente regla jurisprudencial:

(i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990-, es desde su causación y exigibilidad, es decir, 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.

(ii) Cuando se acumulen anualidades sucesivas de sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 por la ausencia de consignación de cesantías anualizadas, **el término prescriptivo deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria correspondiente, so pena de su extinción. Resaltado fuera del texto original.**

(iii)

Efectos en el tiempo.

88. La regla que se ha aplicado respecto de los efectos en el tiempo de las sentencias de unificación como precedente, ha sido la retrospectividad de la jurisprudencia (retrospective overruling, adjudicative retroactivity), y la excepción es la prospectividad (prospective overruling). Esta última hipótesis presupone la aplicación de un juicio de ponderación, que permita determinar cuál es la decisión que más efectiviza los principios constitucionales⁵⁷.

89. En reciente decisión esta Corporación defendió la prospectividad del precedente cuando: i) las partes en un litigio hayan

fundado sus pretensiones o defensa, según el caso, única y exclusivamente en el precedente vigente al momento de su actuación ante la jurisdicción; ii) el fundamento de dicho precedente no haya sido cuestionado en el trámite del proceso; y iii) el cambio opere en un estadio procesal en el que resulte imposible reconducir las pretensiones o replantear la defensa pues, en esas circunstancias, la aplicación de la nueva regla jurisprudencial no solo sorprendería a las partes sino que, de facto y sin posibilidades de reformular los términos del litigio, dejaría sin sustento la posición jurídica defendida por una de ellas 58.

90. Por lo anterior, las reglas jurisprudenciales que se definen en esta sentencia deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de decisión tanto en vía administrativa como en vía judicial, dejando a salvo por cosa juzgada los conflictos decididos con antelación.

De los apartes transcritos se desprende de manera inequívoca, que la sanción por mora prevista ante la eventualidad del retardo o la no consignación del auxilio de cesantías por parte del empleador al empleado, cuando éstas son anualizadas, se encuentra sometida al acaecimiento del fenómeno de la prescripción extintiva, para lo cual el término a tener en cuenta es el previsto en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

Asimismo, se concluye que el momento que determina el surgimiento del derecho a reclamar el reconocimiento y pago de la sanción por mora es aquel en el cual se hace exigible la obligación, en este caso, de depositar el valor de las cesantías al respectivo fondo, cuya procedencia opera de pleno derecho al encontrarse dicha obligación sometida al plazo previsto en la ley, esto es, desde el 15 de febrero del año siguiente al de la causación de las cesantías, y por ello su reconocimiento debe ser reclamado dentro de los 3 años siguientes.

Para el caso concreto, se evidencia que mediante reclamación radicada en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas el 6 de abril de 2019 (fl. 52), se solicitó a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no sólo el reconocimiento de las cesantías anualizadas de los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001, sino también la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006; trámite que a su vez se adelantó frente al Municipio de Marulanda mediante petición que fue enviada por correo el día 8 de ese mismo mes y año. (fl. 51).

Como en este caso se reclama el pago de las cesantías correspondientes a los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001 y su sanción moratoria, se tiene que, de acuerdo a las sentencias de unificación ya referidas, el derecho al reconocimiento y pago de la penalidad prescribió en atención a que el término para reclamar la misma frente a cada año, era de 3 años, tal como se ilustra en el siguiente cuadro:

AÑO	FECHA LEGAL PARA CONSIGNAR	FECHA EN QUE OPERÓ LA PRESCRIPCIÓN
1995	14 DE FEBRERO DE 1996	15 DE FEBRERO DE 1999

1996	14 DE FEBRERO DE 1997	15 DE FEBRERO DE 2000
1997	14 DE FEBRERO DE 1998	15 DE FEBRERO DE 2001
1998	14 DE FEBRERO DE 1999	15 DE FEBRERO DE 2002
1999	14 DE FEBRERO DE 2000	15 DE FEBRERO DE 2003
2000	14 DE FEBRERO DE 2001	15 DE FEBRERO DE 2004
2001	14 DE FEBRERO DE 2002	15 DE FEBRERO DE 2005

Por lo expuesto, no hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria, por haber operado el fenómeno de la prescripción frente a este derecho.

3. Conclusiones

En primer momento, se decide que no es procedente declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio PS-0794 del 11 de abril de 2019, proferido por la Secretaría de Educación del departamento de Caldas en nombre y representación de la Nación -Ministerio de Educación - FNPSM, en atención a que se determina que la responsabilidad del pago de las cesantías de la docente por los años reclamados no corresponde a esta última entidad, respecto de la cual, por lo tanto, se negarán pretensiones de la parte demandante.

Se declarará la nulidad parcial del acto administrativo ficto negativo derivado del silencio administrativo del municipio de Marulanda – Caldas frente a la petición de reconocimiento y consignación de las cesantías anualizadas, realizada el 08 de abril de 2019.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará al Municipio de Marulanda – Caldas que proceda a reconocer a la docente Rosa Amilvia López Villegas las cesantías correspondientes a los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001, y a realizar la consignación de estas al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Las sumas de dinero a reconocer a la parte actora, previo a consignarse al fondo, deberán ser reajustadas con la fórmula adoptada por el H. Consejo de Estado: $R = Rh \cdot \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$.

De donde (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por la parte actora, por el guarismo que resulta de dividir el Índice Final de Precios al Consumidor certificado por el DANE, y vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

La pretensión relacionada con la sanción moratoria será negada, por haber operado el

fenómeno de la prescripción, y en tal sentido se declarará probada esta excepción.

4. Costas.

Conforme al artículo 188 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021, no se condenará en costas en este proceso, ya que las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente.

Por lo expuesto, LA SALA SEGUNDA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Declarar probada de oficio la excepción de prescripción extintiva frente al reconocimiento de la sanción moratoria deprecada por la parte demandante.

Segundo: Declarar configurado el acto ficto negativo frente a la petición radicada por la señora Rosa Amilvia López Villegas ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 8 de abril de 2019, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

Tercero: Declarar la nulidad parcial del acto administrativo ficto negativo derivado del silencio administrativo del municipio de Marulanda – Caldas frente a la petición de reconocimiento y consignación de las cesantías anualizadas, realizada el 08 de abril de 2019.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, **se ordena** al municipio de Marulanda que proceda a reconocer a la docente Rosa Amilvia López Villegas las cesantías correspondientes a los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001, y a realizar la consignación de éstas al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Las sumas de dinero que se reconocen en este proceso deberán ser reajustadas, de acuerdo con la fórmula consagrada en esta providencia, antes de ser consignadas a órdenes del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Cuarto: Negar las demás pretensiones.

Quinto: Sin costas por lo brevemente expuesto.

Sexto: Ordenar al Municipio de Marulanda - Caldas que dé cumplimiento a esta sentencia conforme lo dispone los artículos 192 y 194 del CPACA.

Séptimo: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Octavo: Ejecutoriada esta providencia, **liquídense** los gastos del proceso,

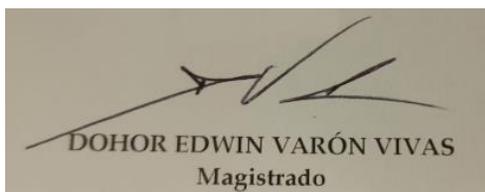
devuélvase los remanentes si los hubiere. **Archívense** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Segunda de Decisión Oral
Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, treinta (30) septiembre de dos mil veintidós (2022).

Radicación:	17001 23 33 000 2019 00492 00
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Martha Cecilia López Pérez
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 192

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión Oral, integrada por el Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán y por los Magistrados Dohor Edwin Varón Vivas y Augusto Morales Valencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede a dictar sentencia dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por la señora Martha Cecilia López Pérez contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al no encontrarse irregularidad alguna que pueda dar lugar a la nulidad de lo actuado, se procede a proferir la sentencia que finalice la instancia.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, solicita:

“1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 5440-6 del 12 de septiembre de 2019, expedida por el Dr. (a) MARCELO GUTIERREZ GUARIN, Jefe de despacho y CARLOS EDUARDO ARREODONDO MOZO Profesional especializado de la Secretaría de Educación de Caldas en el sentido que debía haber sido reconocida la pensión de jubilación por aportes, a la edad de 55 años y con el cumplimiento de 1.000 semanas de cotización, sin exigir el retiro definitivo del cargo docente, para efectuar la inclusión en la nómina de pensionados.

2. Declarar que mi representada, tiene derecho a que la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE CALDAS, reconozca y pague una pensión de Jubilación equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas, anteriores al cumplimiento del status jurídico de pensionados (a), es decir a partir del día 30 DE NOVIEMBRE DE 2014, momento en que cumplió los 55 años de edad y los (sic) 1000 semanas de cotización, sin exigir el retiro definitivo del cargo, para proceder a su cancelación, en compatibilidad con el salario en la docencia oficial.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se realicen las siguientes:

CONDENAS:

1. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO

NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE CALDAS, a que se me reconozca y pague una pensión de jubilación por aportes, equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas, anteriores al cumplimiento del status jurídico de pensionado (a), es decir a partir de 30 DE NOVIEMBRE DE 2014, por haber completado las 1.000 semanas de aportes y los 55 años de edad, sin exigir el retiro definitivo del cargo, para proceder a su cancelación, en compatibilidad con el salario en la docencia oficial.

2. Que se ordene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE CALDAS-, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo C.P.A.C.A.

3. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE CALDAS, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las sumas adeudadas.

4. Condenar en costas a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE CALDAS reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de los valores adeudados.

5. Ordenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO), la inclusión en la nómina de pensionados, una vez sea reconocido este derecho y el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho, hasta la inclusión en la nómina.

6. Ordenar a NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO) el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las masadas pensionales, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, y demás emolumentos de conformidad con el artículo 192 del C.P.A.C.A.

7. Condenar en costas a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO [...]

2. Hechos.

La parte actora fundamentó sus pretensiones en los hechos que se narran a

continuación:

La docente Martha Cecilia López Pérez nació el 21 de octubre de 1958, por lo que en la actualidad tiene más cincuenta y cinco (55) años de edad. Realizó aportes al antiguo ISS, hoy liquidado, de modo que sus semanas de cotización se encuentran actualmente en Colpensiones (552.4 semanas). Surtidos todos los trámites para el nombramiento en propiedad, fue vinculada a la docencia oficial el 18 de julio de 2005 y hasta la fecha de presentación de la demanda se desempeñaba como docente oficial.

Por medio del acto administrativo demandado se negó la pensión de vejez por aportes, de conformidad con la Ley 71 de 1988, esto es, a la edad de 55 años; y le exigieron 1.300 semanas de cotización, así como el retiro definitivo del cargo para gozar de la referida pensión.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Ley 71 de 1988, Artículo 7.

Ley 91 de 1989, Artículo 15 Numerales 1 y 2.

Ley 60 de 1993. Artículo 6.

Ley 115 de 1993. Artículo 115.

Ley 100 de 1993. Artículo 279.

Ley 812 de 2003. Artículo 81.

Decreto 3752 de 2003. Art. 1 y 2.

Se indica que el artículo 7 de la ley 71 de 1988 permitió a los funcionarios públicos para efectos del reconocimiento de la pensión, acreditar 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo en el Instituto de Seguros Sociales y al sector público a través de una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital.

Recalca, así mismo, que la Ley 812 de 2003 estableció un Régimen de Transición para aquellos docentes que ya tenían cierta edad al momento de entrada en vigencia de la mencionada disposición, o tenían alguna experiencia laboral y luego fueron vinculadas después del 23 de junio de 2003, pero respetando las normas anteriores por haber laborado con el sector público o haber efectuado aportes a la pensión en el ISS, conforme lo protegía la ley anterior en su momento.

Estima que reconocer la pensión de jubilación en aplicación de la Ley 100 de 1993 a la aquí demandante (como se realizó en el acto administrativo demandado), es vulnerar de manera directa las disposiciones establecidas en la normatividad docente y en especial el contenido de la ley 812 de 2003, que permite haber laborado antes del año 2003 para acogerse a las prerrogativas establecidas en la ley 71 de 1988, norma anterior aplicable a los docentes que demuestran actividad laboral, realizando aportes al antiguo ISS antes del 26 de junio de 2003.

4. Contestación de la demanda.

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Adujo, además, que los hechos expuestos no son ciertos y que otros no le constan.

Aduce que la vinculación de la docente se efectuó el 18 de julio de 2005, razón por lo cual se le deben aplicar las disposiciones establecidas en la Ley 812 de 2003, lo cual implica que en materia pensional deba someterse a lo preceptuado en el régimen general de pensiones (Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003)

Propuso como excepciones las que denominó:

“Inexistencia de la obligación” puesto que la demandante no tiene derecho al reconocimiento de su pensión con fundamento en la Ley 33 de 1985. Y *“Excepción genérica”*.

5. Audiencia inicial.

Se prescindió de esta etapa procesal de conformidad con el artículo 182A de la Ley 2080 de 2021 que adicionó el CPACA.

6. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante.

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

5.2. Parte demandada.

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Frente a la condena en costas, solicitó tener en cuenta la buena fe de la entidad en todas sus actuaciones.

7. Concepto del Ministerio Público.

Guardó silencio.

II. Consideraciones de la Sala

Solicita la parte demandante en este proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido contra la Nación – Ministerio de Educación - FNPSM, que por esta Corporación se declare la nulidad del acto administrativo por medio del cual se negó la pensión de vejez a la edad de 55 años y 20 años de servicio (pensión por aportes), de conformidad con la Ley 71 de 1985.

La entidad demandada, por su parte, se opone a las pretensiones de la demanda pues según dice, el acto de reconocimiento pensional se encuentra ajustado a derecho comoquiera que la norma aplicable es la Ley 812 de 2003, en tanto y comoquiera que la vinculación de la demandante al servicio docente oficial se efectuó con posterioridad a la vigencia de dicha ley; luego entonces, la misma se encuentra regida por lo dispuesto en el Régimen General de Pensiones (Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003)

1. Problemas Jurídicos.

- 1.1. ¿Cuál es el régimen legal aplicable a la situación pensional de la demandante?
- 1.2. ¿Procede la acumulación de aportes realizados al ISS con aquellos realizados al FNPSM en aplicación de la Ley 71 de 1985?

2. Del régimen pensional de los docentes con Ley 812 de 2003.

La Ley 812 de 2003, en relación con el régimen prestacional de los docentes oficiales, establece lo siguiente:

[...]

Artículo 81. Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003. Régimen prestacional de los docentes oficiales. **El régimen prestacional de los docentes**

nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. /Negrilla de la Sala/

El Consejo de Estado¹, mediante sentencia del 10 de octubre de 2018, consideró lo siguiente:

“{...} de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, en materia de pensión de vejez de los docentes, ni la Ley 91 de 1989 ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen especial. Tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994², pues en el artículo 115 no estableció condiciones excepcionales.³ Por esta razón, fuerza concluir que la pensión de jubilación de los docentes sigue sometida al régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el cual continuaron adquiriendo su derecho a la pensión de jubilación ordinaria con 20 años de servicio y 55 de edad.

...

No obstante, la Ley 812 del 27 de junio de 2003⁴, por la cual se aprobó el plan de desarrollo, dispuso en el artículo 81 lo siguiente:

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en la ley 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Luego, el Acto Legislativo 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, elevó a rango constitucional las reglas contenidas en la Ley 812 de 2003, sin introducir ninguna modificación en el tema pensional. En el párrafo transitorio dispuso:

*“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al **servicio público educativo oficial** es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del sistema general de pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.” /Resalta la Sala/*

En estos términos, reiteró el legislador que el régimen aplicable a los docentes vinculados al servicio público oficial es el consagrado en la Ley 91 de 1989. Sin embargo, a los docentes que se vinculen con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se les aplican las reglas contenidas en el artículo 81 de esta.”

¹ Rad. 2015-00871. C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. María Victoria Bustamante García. Demandado. FNPSM.

² Ley general de la educación.

³ “Art. 115 Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”

⁴ Rad. 2015-00871. M.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. María Victoria Bustamante García. Demandado FNPSM.

Y en cuanto al Ingreso Base de Liquidación aplicable a quienes se vinculen en vigencia de la Ley 812, se ha de remitir al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, según el cual:

*“Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
[...].”*

En relación con los factores de salario a incluir en la base de liquidación, se debe atender lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994, compilado en el artículo 2.2.3.1.3 del Decreto 1833 de 2016, norma que consagra lo siguiente:

*“ART. 1º—El artículo 6º del Decreto 691 de 1994 quedará así: “Base de cotización.
El salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:
a) La asignación básica mensual;
b) Los gastos de representación;
c) La prima técnica cuando sea factor de salario;
d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario;
e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y
g) La bonificación por servicios prestados”.*

Ahora bien, de conformidad con el Certificado Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral, emitido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se puede establecer que la señora Martha Cecilia López Pérez fue vinculada al sector de la educación oficial mediante acto administrativo No. 00887 del 21 de junio de 2005 (fls. 42 a 43, C. 1)

Así mismo, se pudo establecer a partir del reporte de semanas cotizadas en pensiones, expedido por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que los aportes realizados por la aquí demandante antes del mes de junio de 2005, corresponden a vinculaciones laborales con el sector privado, que ninguna relación guardan con el servicio docente oficial (fls. 34 a 36, C. 1)

Así las cosas, es claro que la señora López Pérez fue vinculada como docente oficial después de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) y por lo tanto tiene derecho a reclamar la pensión al amparo del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Significa lo anterior que, a la luz de la Ley 812 de 2003 no resulta aplicable en el sub examine, el régimen pensional previsto para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en rigor de esta ley.

Ahora bien, pretende la parte demandante que para el reconocimiento de la pensión se tengan en cuenta no solamente los tiempos de servicios como docente oficial sino, además, aquellos tiempos servidos en el sector privado y que fueron objeto de aportes al ISS hoy Colpensiones; tiempos que, según estima, pueden ser acumulados y computados de conformidad con la Ley 71 de 1985.

Lo que debe determinarse en este segundo escenario, es si la ley 71 de 1985 resulta aplicable de llegarse a verificar alguna de estas dos hipótesis i) que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, o ii) que en virtud de la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no le sea aplicable dicho régimen general de pensiones.

3. Del régimen pensional consagrado en la Ley 100 de 1993 y el beneficio de la transición.

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones, estableció en el artículo 11 -modificado luego por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003-, que **“Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo...”** /Subraya la Sala/.

El Sistema General de Pensiones (Ley 100 de 1993) entró a regir el 1º de abril de 1994 para los servidores públicos del orden nacional (art. 1º Decreto 691 de 1994), mientras que para los servidores públicos del orden territorial a más tardar el 30 de junio de 1995 (arts. 1 y 2); luego, el canon 36 de la Ley 100 de 1993 estipuló en lo pertinente que:

“...La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en Vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley... Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de Jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho en desarrollo de los derechos adquiridos a que se les

reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos...”/Destacado también de la Sala/.

En cuanto a la posibilidad de aplicar el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 en eventos como el que aquí se analiza, la Corte Constitucional ha considerado lo siguiente⁵:

Así las cosas, el accionante adquirió el derecho a estar cubierto con el régimen de transición desde el 1º de abril de 1994, fecha en la que cumplió los requerimientos exigidos en la ley. Por tanto, el haberse vinculado al magisterio y, en consecuencia, realizar aportes en pensiones al régimen especial de ese sector, no implica la pérdida de dicho beneficio en tanto la ley no lo consagra como tal. En efecto, el artículo 36 de la Ley 100 no realiza exclusiones dependiendo del origen de los afiliados ni excluye a los regímenes exceptuados para su aplicación.

[...]

Igualmente, como se reseñó en la parte dogmática de esta providencia, la Corte en variada jurisprudencia ha admitido la aplicación del régimen de transición a docentes oficiales que reúnan los requisitos de la Ley 100⁶, en atención a que persigue la coexistencia de regímenes y sistemas pensionales.

Siguiendo la normativa en cita, en el *sub lite* se pudo establecer que la señora Martha Cecilia López Pérez, al primero (1º) de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100/93, contaba con más de 35 años de edad, pues nació el 21 de octubre de 1958 /fl. 33, C. 1/, de suerte que es beneficiaria del régimen de transición a que alude el precepto 36 parcialmente transcrito.

Respecto de la vigencia de esta herramienta de tránsito normativo se tiene que el Acto Legislativo 01 de 2005 fijó que su aplicación se extendería sólo hasta el año 2014, para quienes a la entrada en vigencia de tal reforma constitucional acumularan 750 semanas cotizadas. Este requisito adicional para conservar el beneficio de la transición hasta el año 2014 no se cumple en el presente caso conforme se desprende de los reportes de tiempo de servicios y semanas cotizadas obrantes a folios 34 del cuaderno 1, pues según éstos, la demandante a 30 de junio de 2005⁷ tenía acumuladas solamente 552,14 semanas cotizadas y el Acto Legislativo entró en vigencia el 22 de julio de 2005.

Al no conservar el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, tampoco procede por esta vía el estudio de las normas anteriores a dicha norma, entre las cuales se encuentra la ya mencionada Ley 71 de 1985 que cobija la pensión por aportes, esto es,

⁵ T-090 de 2018. Referencia: Expediente T-6.435.059. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas. Bogotá D.C., Ocho (8) De Marzo De Dos Mil Dieciocho (2018).

⁶ Sentencia SU-189 de 2012, T-105 de 2012. Consúltese también Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M. P. Gustavo José Gnecco Mendoza. Sentencia del 19 de junio de 2008. Radicación 28164.

⁷ Fecha de la última cotización al ISS.

que permite la acumulación de tiempos de servicio y aportes a diferentes fondos o entidades públicas de previsión social y el ISS.

Y si en gracia de discusión se dijera que los docentes afiliados al FNPSN están excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993 en virtud de su artículo 279, se llegaría a una conclusión igualmente negativa frente a la posibilidad de aplicar el régimen pensional anterior a aquella, como sería la Ley 33 de 1985 o la multicitada Ley 71 de 1985; ello, en razón a lo siguiente.

El régimen previsto para los servidores públicos con anterioridad a la Ley 100/93 se encuentra contenido en la Ley 33 de 1985⁸, en cuyo artículo 1º señala:

*“El **empleado oficial** que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.” /Resalta la Sala/*

De las pruebas que obran en el expediente se desprende que la demandante estuvo vinculada al sector privado con cotizaciones al ISS entre el mes de septiembre del año 1984 y el mes de junio de 2005; y vinculada como empleada pública, en condición de **docente oficial** afiliada al FNPSM desde junio de 2005 en adelante.

Como puede verse, el tiempo cotizado por la demandante no lo fue única y exclusivamente en calidad de empleada pública como se exige para dar aplicación a la Ley 33 de 1985.

Tampoco le es aplicable la Ley 71 de 1988 porque, si bien con esta norma se pueden acumular los tiempos de servicios cotizados al ISS como trabajadora del sector privado, no sucede lo mismo con los aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en tanto este no se considera una Caja de Previsión Social. Nótese que el artículo 7 de la referida norma admite la acumulación de aportes sufragados en cualquier tiempo a una o varias de las entidades de previsión social y los realizado al ISS, hoy Colpensiones. Es por ello que la Corte Constitucional, bajo ese entendido, ha estimado improcedente dar aplicación a la mencionada Ley, manifestando al efecto lo siguiente⁹:

“Entonces, procede la Corte a analizar el reconocimiento de pensión de jubilación por aportes determinada en la Ley 71 de 1988 en atención a que constituye la pretensión principal del actor en el presente trámite. Los requisitos exigidos bajo esta norma se sintetizan en i) 60 años de edad para hombres y 55

⁸ Modificada por la Ley 62 del mismo año.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-090-2018 *ibidem*.

para mujeres y, ii) 20 años de servicio sufragados en cualquier tiempo en una o varias entidades de previsión social y el Instituto de Seguros Sociales.

Sin embargo, se advierte que las cotizaciones efectuadas por parte del demandante en el régimen docente no corresponden a ninguna entidad de previsión social, por lo que no es acreedor de la pensión de jubilación por aportes. De ahí que, respecto a este punto, no se advierta transgresión de los derechos del actor por parte de la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla.”

En ese orden de ideas, al no hallarse satisfechos los requisitos para acceder a la pensión al amparo de la Ley 33 de 1985 o Ley 71 de 1988, sólo resulta procedente que el reconocimiento de dicha prestación se haga a la luz del Decreto 812 de 2003, esto es, con fundamento en los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, previo retiro del servicio.

4. Conclusiones frente al caso concreto.

La Secretaría de Educación del departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, expidió la Resolución No. 5444-6 del 12 de septiembre de 2019, por medio de la cual se negó la pensión de vejez por aportes, solicitada por la señora Martha Cecilia López Pérez.

La legalidad de dicho acto administrativo no fue desvirtuada por la parte actora; por el contrario, se pudo establecer que el régimen pensional a ella aplicable es el previsto en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003: de un lado, puesto que su vinculación al servicio de la docencia oficial se produjo en el año 2005 cuando ya se encontraba vigente la Ley 812 de 2003; de otra parte, porque la actora no es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100. Y si en gracia de discusión se dijera que no le es aplicable la Ley 100 de 1993 – en virtud de la excepción del artículo 279 -ello tampoco derivaría en la aplicación de la normativa anterior contenida en la Ley 71 de 1985, por lo ya dicho en precedencia.

En consecuencia, el acto enjuiciado no contraviene el ordenamiento legal y por lo tanto se negará la pretensión de nulidad en contra del mismo; lo anterior, sin perjuicio del derecho pensional que la parte actora puede reclamar en cualquier tiempo de conformidad con los requisitos previstos en el Régimen General de Pensiones, el cual, ciertamente, le implicaría acreditar el retiro definitivo del servicio.

5. De las excepciones formuladas.

La demandada Nación - Ministerio de Educación - FNPSM, en su escrito de contestación de la demanda, propuso como excepción la que denominó "*Inexistencia de la obligación*"; por lo que, considera la Sala que este medio de oposición por su carácter de fondo su estudio quedó inmerso en las consideraciones que hizo la Sala para resolver el presente asunto.

6. Condena en costas.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹⁰ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Resulta igualmente aplicable el criterio establecido en el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, por medio de la cual se adicionó el siguiente inciso al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011:

"En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal."

De lo anterior se sigue que, aunque en este caso se causaron las costas procesales en razón a la actividad desplegada por la Nación – Ministerio de Educación Nacional (contestación de la demanda y presentación de alegatos de conclusión), la parte demandante no se verá obligada al pago de aquellas en tanto la demanda no fue presentada con manifiesta carencia de fundamento legal.

Con fundamento en lo anterior, la **Sala 2ª Oral de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Declarar infundada la excepción de "*Inexistencia de la obligación*", propuesta por la entidad demandada.

¹⁰ *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.*

Segundo: Se niegan las pretensiones de la parte demandante.

Tercero: Sin condena en costas.

Cuarto: Se reconoce personería para actuar como apoderada de la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM, a la abogada Yeinni Katherin Ceferino Vanegas, portadora de la Tarjeta Profesional No. 290.472 del C. S. de la J., de conformidad y en los términos de la sustitución de poder a ella conferida por el apoderado Luis Alfredo Sanabria Ríos.

Quinto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

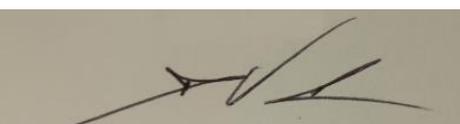
Sexto: Ejecutoriada esta providencia, **liquídense** los gastos del proceso, **devuélvase** los remanentes si los hubiere. **Archívense** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el Programa Justicia Siglo XXI.

Notifíquese

Proyecto discutido y aprobado en la Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Segunda Oral de Decisión
Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Radicado	17-001-23-33-000-2019-00567-00
Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Luz Mary Gómez Toro
Accionado	La Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Municipio de Marulanda – Caldas.
Providencia	Sentencia No. 191

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión Oral, integrada por el Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán y por los Magistrados Dohor Edwin Varón Vivas y Augusto Morales Valencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede a dictar sentencia dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por la señora Luz Mary Gómez Toro contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y el municipio de Filadelfia - Caldas.

Al no encontrarse irregularidad alguna que pueda dar lugar a la nulidad de lo actuado, se procede a proferir la sentencia que finalice la instancia.

1. Pretensiones.

*“1. Que se declare la nulidad del Oficio del **03 DE JULIO DE 2019**, proferido por la entidad territorial **MUNICIPIO DE FILADELFIA**; frente a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas, realizada el **18 DE JUNIO DE 2019** y causadas en el (los) año (s) **1993, 1994 y 1995**; las que han ocasionado el incumplimiento de la consignación anualizada de las cesantías en el respectivo fondo. Así mismo negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada del incumplimiento en la consignación anualizada de las cesantías, en el respectivo fondo.*

*2. Que se declare la nulidad del **ACTO ADMINISTRATIVO** configurado el día **20 DE SEPTIEMBRE DE 2019**, proferido por **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**; frente a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas, realizada el **20 DE JUNIO DE 2019** causadas en el (los) año (s) **1993, 1994 y 1995**, las que han ocasionado el incumplimiento de la consignación anualizada de las cesantías en el respectivo fondo. Así mismo negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada del incumplimiento en la consignación anualizada de las cesantías, en el respectivo fondo.*

3. Que se declare que mi mandante tiene derecho a que el **MUNICIPIO DE FILADELFIA y la NACIÓN-MEN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** le reconozca y pague las cesantías anualizadas que le adeudan, causadas en el año **1993, 1994**, y las siguientes que se causaron hasta el año **1995**.

4. Que se declare que mi mandante tiene derecho a que el **MUNICIPIO DE FILADELFIA y la NACIÓN-MEN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** le reconozca y pague la sanción moratoria, derivada del incumplimiento en la consignación anualizada de las cesantías en el respectivo fondo.

CONDENAS:

A título de restablecimiento del derecho se ordene:

1. Se condene al **MUNICIPIO DE MARULANDA y la NACIÓN MEN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** le reconozca y pague las cesantías anualizadas que le adeudan, en el (los) año (s) **1993, 1994 y 1995**, y las que han ocasionado el incumplimiento de la consignación anualizada de las cesantías.

2. Se condene al **MUNICIPIO DE FILADELFIA y la NACIÓN - MEN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a pagar la sanción moratoria consagrada en la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 del 1998, que surge desde la omisión de la consignación de las cesantías causadas en el (los) año (s) **1993, 1994 y 1995** con permanencia en el tiempo hasta cuando se efectuó el pago correspondiente, sanción que debe correr en forma particular para cada una de las anualidades de cesantías que se adeudan y que se actualicen los valores debidos, con base en el índice de precios al consumidor y con los intereses respectivos.

3. Se ordene al **MUNICIPIO DE FILADELFIA y la NACIÓN MEN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria reconocida en la sentencia.

4. Que ordene el cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

5. Condenar en costas a la entidad demandada.”

2. Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda se indica lo siguiente:

La señora Luz Mary Gómez Toro labora en el Municipio de Filadelfia - Caldas desde el año 1993 hasta la fecha.

El municipio de Filadelfia - Caldas no consignó dentro del plazo fijado en la ley, las cesantías correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995, es decir, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación.

El 18 de junio de 2019 se presentó reclamación ante la entidad territorial con la finalidad de que se reconocieran y pagaran las cesantías no consignadas causadas en los años 1993, 1994 y 1995, la cual fue resuelta negativamente mediante Oficio del 3 de julio de 2019.

El 20 de junio de 2019 se presentó reclamación ante el Fondo de Prestaciones Sociales del

Magisterio para que se reconocieran y pagaran las cesantías no consignadas causadas en los años 1993, 1994 y 1995, la cual fue resuelta en sentido negativo mediante acto ficto o presunto.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Artículos 13, 25, 83 y 58 de la Constitución Política; artículos 13 y 15 de la Ley 344 de 1946; Artículo 1 y 2 del Decreto 1582 de 1998; Artículo 1 y 2 del Decreto 1252 de 2000; Ley 91 de 1989 y Decreto 3118 de 1968.

Indicó que las cesantías fueron consagradas en la Ley 6 de 1945 como un derecho del trabajador y una obligación a cargo del Estado. Y por su parte el Decreto 3118 de 1968 determinó como uno de los objetivos del Fondo Nacional del Ahorro el pago oportuno de las cesantías a los empleados públicos y trabajadores oficiales, es decir, que las cesantías dejaron de ser una obligación de la Caja Nacional de Previsión Social.

Precisó que las cesantías así concebidas se liquidaban con base en el régimen de retroactividad; no obstante, en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se estableció una forma diferente de liquidación, la cual se aplicó a las relaciones laborales regidas por el Código Sustantivo del Trabajo.

Pese a ello, con la expedición de la Ley 344 de 1996 se consagró el régimen anualizado de liquidación de cesantías para los servidores públicos que se vincularan a partir de su vigencia; y el Decreto 1582 de 1998 estableció un nuevo régimen de cesantías para los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996. En este orden de ideas, los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 se encuentran cobijados por el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad, pero que se hubieran acogido a este régimen; y para la liquidación y pago se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y demás normas concordantes.

Explicó que, en consecuencia, se evidencian dos sistemas de liquidación de cesantías para los servidores públicos del orden territorial: 1. El sistema retroactivo de cesantías, que se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses, determinado por la Ley 6 de 1945 y demás disposiciones que la reglamentan o modifican, el cual se aplica para los vinculados antes del 30 de diciembre de 1996. Y 2. El sistema de liquidación definitiva anual, manejado a través de los fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, aplicado para los vinculados con posterioridad al 31 de diciembre de 1996.

Adujo que los docentes municipales son empleados públicos, y resaltó que su régimen de prestaciones sociales, que incluye no solo al personal nacional y nacionalizado sino también al territorial, está establecido en la Ley 91 de 1989 para el personal que figure vinculado antes del 31 de diciembre de 1989; y el que ingresó con posterioridad, se rige por las

normas aplicables a los empleados del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969 y Decreto 1045 de 1978, en concordancia con la Ley 60 de 1993.

Aseguró que por ello existe una diferencia entre el régimen prestacional de los servidores públicos vinculados antes de la expedición de la Ley 91 de 1989 y los vinculados con posterioridad, pues los primeros conservan el régimen de liquidación retroactiva, mientras que los segundos se rigen por el régimen de liquidación anualizada.

Indicó que la mencionada Ley 91 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual atiende las prestaciones sociales de los docentes vinculados antes o después de la expedición de esa norma, y de conformidad con el numeral 3 del artículo 15 de esta disposición, el fondo debe pagar a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicios, o proporcionalmente, sobre el último salario devengado; y para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y los nacionales, el fondo reconocerá un interés anual sobre el saldo de esas cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés que, de acuerdo a la certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo periodo.

Que la Ley 812 de 2003 previó que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentra vinculados al servicio público oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de esa ley.

Precisó en cuanto a la afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que la Ley 43 de 1975 ordenó la nacionalización de la educación, y señaló que quedarían automáticamente afiliados al fondo los docentes nacionales o nacionalizados vinculados a la fecha de promulgación de la Ley 91 de 1989; y que posteriormente el Decreto 1752 de 2003 previó en el artículo 1° la obligación en cabeza de los entes territoriales de efectuar la afiliación al fondo de los docentes que estuvieran vinculados a plantas de personal antes del 31 de octubre de 2004.

Finalmente, y en relación con la sanción moratoria, hizo alusión a la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 para referenciar la penalidad establecida por el pago tardío de cesantías, para indicar que en el evento en que no se realice el pago de las misma dentro del término establecido en estas normas, es procedente reconocer la sanción allí prevista, misma que puede ser aplicada a los docentes en virtud del principio de favorabilidad.

Contestación de la demanda.

4.1. Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En relación con los hechos indicó que unos eran ciertos; que otros no le constaban y de otros que se atenía a lo que resultara probado en el proceso. Seguidamente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Propuso las excepciones que denominó:

“Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad” pues se profirieron en estricto seguimiento de las normas legales vigentes y aplicables al caso de la accionante, sin que se encuentren viciados de nulidad alguna.

“El fenómeno de la prescripción extintiva” de conformidad con el artículo 2512 del Código Civil, artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, demás normas concordantes y la Jurisprudencia del Consejo de Estado.

“Caducidad”, “Buena fe” y “genérica”.

Señaló que la obligación de incorporar a los docentes departamentales, distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio surgió con el Decreto 196 de 1995, el cual, en su artículo 5 determinó que se debía respetar el régimen prestacional que tuvieran los docentes al momento de su vinculación, y conforme a lo previsto en el artículo 7, el reconocimiento de las cesantías y los intereses sobre las mismas quedaba a cargo de la entidad territorial, cuando se incumpliera la obligación de afiliar al docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

4.2. Municipio de Filadelfia – Caldas.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones planteadas en su contra por considerar que la obligación frente al pago de las cesantías de la docente recae en la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM. Agrega a lo anterior, que la sanción moratoria, si hubiere lugar a ella, se encuentra prescrita.

Aduce que, según certificación emitida por la Secretaría de Gobierno de dicho municipio, el monto equivalente por la prestación social de auxilio de cesantías a favor de la demandante por la fracción del año 1993 y los años 1994 y 1995, no se consignó; sin embargo, dicha obligación no recaía para esa época sobre la Entidad Territorial sino en el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Educación y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG.

Planteó las excepciones que denominó:

“Inexistencia de obligación del pago de auxilio de cesantías al demandante correspondiente a los años 1993, 1994 y 1995, por parte del municipio de Filadelfia, Caldas”, para lo cual

hace referencia al convenio de Cofinanciación No 146-94 celebrado entre el CONSORCIO FIDUCIARIAS PREVISORA y el Municipio de Filadelfia, para financiar la creación de plazas de docentes municipales rurales.

“Inexistencia de legislación frente a la imposición de sanción por mora en la consignación del auxilio de cesantías en favor del demandante en los años 1993, 1994 y 1996 (sic) e inaplicación del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 al caso en cuestión por temporalidad”, señalando para el efecto que el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998 previeron que, a partir de la publicación de dicha ley, esto es, el día 27 de diciembre de 1998, las personas que se vincularan a los Órganos y Entidades del Estado les sería aplicable lo dispuesto en la Ley 50 de 1990, es decir, los docentes que se vincularan a partir de esa fecha podrían reclamar la sanción moratoria a que se ha hecho alusión, y tal como se indicó en párrafos anteriores, la demandante se vinculó mucho antes de que la mencionada Ley 344 y su Decreto Reglamentario comenzaran a regir; observa que las cesantías que no fueron consignadas oportunamente corresponden a los años 1993, 1994 y 1995, por lo tanto, la sanción moratoria que se depreca no es aplicable en este caso.

“Fenómeno de la Prescripción frente a la sanción moratoria” en tanto a la fecha han transcurrido más de 25 años desde la causación de la mora, encontrándose prescrita la sanción que se reclama.

5. Audiencia inicial.

Mediante auto del 15 de diciembre de 2021 se prescindió de la audiencia inicial de conformidad con el artículo 182A de la Ley 2080 de 2021 que adicionó el CPACA.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte Demandante.

Reitera los argumentos de la demanda y culmina solicitando la aplicación de un criterio subjetivo valorativo al momento de condenar en costas.

6.2. Parte demandada

La Nación – Ministerio de Educación – FNPSM reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda, recalcando que no sólo por el hecho de que un docente haya sido nombrado entre 1990 y 1996 por el alcalde o gobernador que éste adquiere el carácter de territorial regido por normas prestacionales del orden territorial aplicables antes de la Ley 91 de 1989, sino que esta prerrogativa únicamente cobijó a quienes cumplieran la condición de ser nombrado

sin el cumplimiento de las previsiones del artículo 10 de la Ley 43 de 1975. Así las cosas, los docentes nombrados a partir de 1990, ingresaron a la categoría de docentes nacionales, pese a que fueran vinculados por el representante de la entidad territorial.

6.3. Municipio de Filadelfia – Caldas.

Indica que la Ley 91 de 1989 creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que éste asuma el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al mismo; e igualmente el municipio de Filadelfia suscribió un convenio interadministrativo con la Fiduprevisora, entidad encargada de la administración del patrimonio autónomo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio con el que se garantizaba el pago total de los salarios y prestaciones desde el año 1.993; lo anterior, según explica, se corrobora con el oficio No. 20210952268421 del 7 de septiembre de 2021, en el que la Fiduprevisora, actuando como administradora del patrimonio autónomo del fondo, realiza el cobro de dineros al municipio de Filadelfia por valor de \$10.997.778 derivado de los convenios suscritos hace más de 25 años atrás para tramitar la afiliación de docentes; oficio en el que se anexa el listado de plazas nuevas de la época (1.993) y en el que se encuentra la demandante la señora Luz Mary Gómez Toro. Lo anterior, según estima, deja claro que es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el encargado del pago de las cesantías a la demandante; de lo contrario, el municipio de Filadelfia incurriría en un doble pago de las cesantías ya que tendría que consignar el valor de las cesantías en el fondo de prestaciones sociales del magisterio y también pagar al fondo de prestaciones sociales del magisterio el valor cobrado por los convenios celebrados.

7. Concepto del Ministerio Público.

Guardó silencio.

II. Consideraciones de la Sala¹

De conformidad con los supuestos fácticos de la demanda, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a los siguientes:

- ¿Tiene derecho la parte demandante a que se le reconozcan y paguen las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995; y, en caso positivo, qué entidad debe hacerse responsable del pago de esta prestación?

En caso que deban reconocerse y pagarse las cesantías se deberá analizar:

¹ Ver antecedente del Tribunal Administrativo de Caldas- Sala Primera de Decisión, Magistrado Ponente Carlos Manuel Zapata Jaimes. Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el número 17-001-23-33-000-2019-00116-00. Sentencia de primera instancia con fecha del 20 de agosto de 2021.

- ¿Tiene derecho la señora Luz Mary Gómez Toro a que se le reconozca sanción moratoria por la no consignación de las cesantías de los años 1993, 1994 y 1995; u operó el fenómeno de la prescripción?

1. Marco normativo

Frente al régimen anualizado de cesantías, la Ley 50 de 1990, por medio de la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías en los siguientes términos:

ARTÍCULO 99.- *Reglamentado por el Decreto 1176 de 1991. El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:*

1ª. 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 la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. 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.

3ª. 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 retardo. Ver Oficio de fecha 25.11.98. Secretaría Distrital de Salud. Fondo Nacional del Ahorro. CJA09751998

4ª. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

5ª. Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto.

6ª. Los Fondos de Cesantía serán administrados por las sociedades cuya creación se autoriza, y cuyas características serán precisadas en los decretos que dicta el Gobierno Nacional, en orden a:

a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;

b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.

7ª. Todos los aspectos que no se modifiquen específicamente por esta Ley, continuarán regulados por las normas vigentes del régimen tradicional relativas al auxilio de cesantía.

PARÁGRAFO.- *En el evento que los empleadores deban efectuar la liquidación y consignación de la cesantía a que se refiere este artículo y no existan suficientes Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantías autorizadas para funcionar, el Gobierno Nacional podrá transitoriamente autorizar a otras entidades u ordenar a las*

instituciones financieras con participación estatal mayoritaria para que cumplan las funciones de Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía.

Esta norma estaba destinada únicamente a los trabajadores cobijados por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo; sin embargo, con la expedición de la Ley 344 de 1996 se hizo extensiva a los servidores públicos las disposiciones concernientes a las cesantías.

En efecto, la Ley 344 de 1996 definió el régimen anualizado de liquidación de cesantías para los servidores públicos que se vincularan a partir de su vigencia, y puntualmente en su artículo 13 previó lo siguiente:

ARTÍCULO 13. *Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, 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 demás 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.

<Inciso 3o. INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO. *El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.*

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, que reglamentó parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, dispuso en su artículo 1 que: *“El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 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 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998 (...)”.*

Así mismo, el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1991, previó una penalidad a cargo del empleador, a título de sanción, por la tardanza en la consignación del auxilio de cesantías al fondo al que el empleado se encuentre afiliado, para lo cual estimó la fecha en la que la obligación se haría exigible, de modo que frente a la mora en la consignación de dicha prestación resulta procedente el pago de una sanción correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. Es decir, si al 15 de febrero de la siguiente anualidad no se verifica el depósito del monto correspondiente en el fondo de cesantías al que el empleado se encuentre afiliado, el mismo podrá requerir el

reconocimiento y pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, antes citado.

En relación con los docentes, hasta antes de la expedición de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales de los empleados públicos habían sido expedidas de manera genérica, y sin hacer una referencia expresa a este personal; no obstante, con esta norma se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y con él se determinó que esta entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes, y determinó para ello cuál sería el personal docente nacional, nacionalizado y territorial; del mismo modo, cuál sería el régimen aplicable para cada uno de ellos, así:

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

1. *Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*
2. *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.*
3. *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.*
4. *Parágrafo - Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.*
5. ...

Por su parte, el artículo 2 ibídem reguló lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 2. *De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:*

(...)

5. *Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.*

Y el artículo 15 en relación con las cesantías dispuso:

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 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

1. *Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de*

diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley

...

3. Cesantías:

A. 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.

B. 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 1o. 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 de 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, acumuladas 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.” (Se resalta)

De acuerdo a lo anterior, el régimen aplicable al reconocimiento de cesantías fue unificado con la Ley 91 de 1989 para todos aquellos docentes que se vincularan con posterioridad al 1º de enero de 1990, e incluso para los docentes nacionales vinculados a la fecha de expedición de la referida ley, estos últimos frente a las cesantías causadas con posterioridad a la referida fecha.

Así las cosas, por expresa disposición legal, el régimen de cesantías para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 es anualizado, indistintamente del orden nacional, nacionalizado o territorial de su vinculación, pues la norma únicamente estableció diferencias con base a este último factor –orden de la vinculación- únicamente en casos de docentes vinculados con anterioridad a dicha fecha.

Las anteriores aseveraciones encuentran respaldo en providencia del 25 de marzo de 2010, proferida por el Consejo de Estado¹, en la cual se explicó:

Se deduce entonces, que la Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes

vinculados por la Nación como de docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.

Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

*En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y a los docentes nacionales **y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990**, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses". (Se destaca)*

Ahora bien, la Ley 812 de 2003 en su artículo 81 señaló que el régimen prestacional de "Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley".

Con fundamento en lo anterior, y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003 estableció:

Artículo 1º.- *Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.*

Parágrafo 1º.- *La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar.*

Parágrafo 2º.- *Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.*

Artículo 5º. *Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:*

Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

1. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el FONPET al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

*2. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.
(Subrayas de la Sala)*

Al dejar claro lo anterior, debe advertirse que en épocas anteriores las Altas Cortes plantearon la posición de que la Ley 50 de 1990 no era aplicable a los docentes en atención a que no estaban amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en esta norma, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, cuyo artículo 13 les hizo extensivas las normas vigentes en materia de cesantías, pero se hizo la salvedad de que ello era sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989, lo que se tradujo en que lo allí dispuesto no cobijaba al personal docente.

Sin embargo, esta posición fue replanteada tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, quienes en virtud del principio de favorabilidad aceptaron que esta norma fuera aplicada a los docentes en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, ya que la Ley 91 de 1989 nada previó al respecto, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso, tal como se planteó en las sentencias SU-098 de 2018 y sentencia SU-332 de 2019 de la Corte Constitucional, y como lo expuso el Consejo de Estado en providencia de la Sección Segunda – Subsección A del 5 de noviembre de 2020, radicado 08001-23-33-000-2013-00782-01(1644-16) en la que concluyó:

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09).

Bajo el anterior derrotero, la Subsección ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Por ende, se aplicará el anterior criterio a fin de establecer si la demandante es beneficiaria de la sanción pretendida en la demanda, en los términos del segundo problema jurídico planteado al inicio de estas consideraciones.

2. Caso concreto

Mediante Decreto 046 del 15 de marzo de 1993, el Alcalde del municipio de Filadelfia – Caldas nombró a la señora Luz Mary Gómez Toro en el cargo de docente en la Escuela de La Marina de dicho municipio; cargo del cual tomó posesión el día 15 del mismo mes y año. (fls. 63, 64 y 70, C.1).

A través de Resolución del 23 de julio de 2010, el Secretario de Educación del Departamento de Caldas reconoció unas cesantías parciales por valor de \$11.788.554; suma de dinero que se sostuvo sería cancelada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 61 a 62).

En este acto administrativo se consignó que la docente había prestado sus servicios durante 16 años, 9 meses y 16 días; lapso comprendido entre el 1993/3/15 hasta el 2009/12/30.

En la parte motiva de esta resolución, se realizó un cuadro que contenía los siguientes reportes de cesantías desde el año 2002:

1996	261.786
1997	358.056
1998	458.843
1999	557.973
2000	609.683
2001	669.836
2002	799.200
2003	853.234
2004	1.566.263
2005	1.057.358
2006	1.095.123
2007	1.017.851
2008	1.190.828
2009	1.292.520
VALOR TOTAL CESANTÍAS LIQUIDADAS	\$ 11.788.554

Mediante peticiones enviadas tanto a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como al municipio de Filadelfia, la señora Luz Mary Gómez Toro solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas que se le adeudaban por los años 1993, 1994 y 1995, su indexación y la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006, modificatoria de la Ley 244 de 1995, por la no consignación de las cesantías en tiempo (fols. 43 a 52).

A través de oficio PS-1678 del 15 de agosto de 2019, la Secretaría de Educación del departamento de Caldas respondió la reclamación administrativa presentada por la demandante, indicando que se remitiría la petición a la Fiduprevisora S.A. y al ente territorial teniendo en cuenta la suscripción del convenio interadministrativo que hubo entre ese municipio y la Nación con el fin de afiliar al FNPSM a los docentes financiados con recursos propios. (fl. 59).

El municipio de Filadelfia, mediante oficio del 3 de julio de 2019, respondió negativamente la petición presentada por la demandante al estimar que no era su responsabilidad el pago de la prestación reclamada. (fls. 53 a 58, C. 1)

Al descender al caso concreto, se encuentra probado que la señora Luz Mary Gómez Toro pertenece al régimen de cesantías anualizado, ya que se posesionó el 15 de marzo de 1993 en el cargo de docente de la Escuela La Marina del municipio de Filadelfia, Caldas, es decir, con posterioridad al 1° de enero de 1990, lo que le da derecho a que sus cesantías sean consignadas cada año antes del 14 de febrero.

Ahora, frente a la consignación de las cesantías correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995 debe advertirse, de acuerdo a lo probado en el expediente, que en la resolución que reconoció unas cesantías parciales a la docente en el año 2010, al momento de relacionarse el reporte de las cesantías, no se consignó valor alguno por los años 1993, 1994 y 1995. En dicho acto administrativo se indicó que el pago parcial de cesantías se reconocía por los años 1996 a 2009, motivo por el cual resulta claro que no fueron incluidas las cesantías causadas en los años indicados en la demanda y que fueron objeto de reclamación en vía administrativa.

Téngase en cuenta que la negación indefinida que se hace en la demanda no fue desvirtuada por el ente territorial con la prueba pertinente en punto a la consignación oportuna de las cesantías de los años 1993, 1994 y 1995 en favor de la docente. Y aunque la entidad territorial pretenda desprenderse de tal obligación, lo cierto es que el acto administrativo de vinculación fue suscrito por el Alcalde Municipal sin que mediara autorización de la Nación – Ministerio de Educación para la creación de dicha plaza; por ende, era obligación del municipio hacerse cargo del pago de los salarios y prestaciones sociales de la docente, incluyendo la consignación oportuna de las cesantías al FNPSM.

Resta decir que en el Decreto 046 del 15 de marzo de 1993 – por medio del cual se nombró a la docente- no se hace ninguna referencia al Convenio de Cofinanciación No. 146-94

celebrado entre el Consorcio Fiduciarias Previsora – Central y el Municipio de Filadelfia, Caldas, que permita establecer alguna relación o asociación entre ambos y que derive en una conclusión diferente en punto a la titularidad de la obligación que aquí se debate. En gracia de discusión debe advertirse también que en el referido convenio no aparece como parte la Nación – Ministerio de Educación, ni se advierte voluntad expresa de la misma para que en dicho documento se hubiese comprometido su responsabilidad patrimonial o financiera, por modo que, aquel pacto por sí sólo no resulta apto para endilgarle o atribuirle al Ministerio algún efecto jurídico derivado de su clausulado.

De lo anterior se puede inferir que a la docente Gómez Toro no se le reconocieron y pagaron las cesantías causadas durante los años 1993, 1994 y 1995, lo que hace procedente su reconocimiento. Así mismo, que dicha obligación no radicaba en cabeza del departamento de Caldas o de la Nación – Ministerio de Educación, sino que el directo responsable es el Municipio de Filadelfia, ya que para tales años se trataba de una docente que hacía parte de la planta de personal del ente territorial municipal.

Debe resaltarse además que no hay prescripción del derecho, pues la docente fue nombrada por el Municipio de Filadelfia y esa relación laboral se encontraba vigente al momento de presentarse la demanda, tal y como fue referido por la actora y no desvirtuado por las demandadas; circunstancias que impide la ocurrencia de la prescripción del derecho al pago o consignación de las cesantías propiamente dichas.

Por lo anterior, y siguiendo los lineamientos del Consejo de Estado en casos similares al presente², se ordenará al municipio de Filadelfia que proceda a reconocer a la docente Gómez Toro las cesantías correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995, y proceda a realizar su consignación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.1. De la sanción por mora.

Lo primero que deberá advertirse sobre este tema, es que tanto en sede administrativa como en el concepto de la violación planteado en la demanda, la parte actora hizo alusión a que la sanción moratoria debía ser reconocida conforme lo establecido en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, las cuales fijaron los términos para el pago oportuno de las cesantías y establecieron las sanciones en caso de incumplimiento a favor de los servidores públicos.

La Ley 244 de 1995 contempló:

Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

² sección segunda - subsección a, 17 de junio de 2021 - radicación número: 08001-23-31-000-2014-00815-01(4979-17)

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

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

La anterior disposición fue modificada por la Ley 1071 de 2006, en la cual se ampliaron los destinatarios de la norma.

Como puede observarse, estas disposiciones no sólo impusieron unos términos específicos para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías, sino que también indicaron una sanción por el no cumplimiento de los plazos establecidos a favor de los trabajadores públicos, dentro de los cuales se incluyeron los docentes, quienes también son destinatarios de estas normas.

Sin embargo, se infiere que esta sanción fue establecida para aquellos eventos en que se reclame la prestación por parte del trabajador bien sea para vivienda, educación o cuando termina la relación laboral y la misma no es reconocida y pagada en los términos allí previsto, pero no es la norma que determina la sanción atinente al evento en que las cesantías no son consignadas en el fondo antes del 14 de febrero de cada año, que es la que en este caso se está reclamando por la parte actora, derivada del no pago de las cesantías de los años 1993, 1994 y 1995.

Pese a que el supuesto normativo que adujo la accionante para el reconocimiento de la sanción no es el procedente pues invocó la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, la Sala analizará si por el no pago de las cesantías de los años 1993, 1994 y 1995 se generó la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, norma que según se aclaró en el anterior problema jurídico es aplicable a los docentes que reciben cesantías bajo el régimen anualizado, y que sí determina la posibilidad de aplicar en virtud del principio de favorabilidad el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías al Fondo de Prestaciones Sociales.

La sanción que estableció la Ley 50 de 1990 en el numeral 3 del artículo 99 por la tardanza en la consignación del auxilio de cesantías al fondo al que el empleado se encuentre afiliado, consiste en reconocer un día de salario por cada día de retraso, que se contabiliza a partir del 15 de febrero del año siguiente al de la causación del derecho, supuesto que sería aplicable a este caso, ya que se dejó claro que a la señora demandante no se le consignaron cesantías por los años 1993, 1994 y 1995, lo que denotaría el derecho que tiene a la penalidad indicada.

A pesar de lo anterior, debe estudiarse si esa sanción moratoria se reclamó en término o prescribió, y para ello es necesario hacer referencia a la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, aclarada a través de sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020, que estudiaron el tema de la prescripción de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990.

La sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, proferida dentro del proceso radicado 08001-23-31-000-2011-00628-01 (0528-14) concluyó lo siguiente:

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

(...)

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 196915, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990.

(...)

Conclusiones

1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.

2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral. 3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.

4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.

5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.

Y en la sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020, proceso con radicado 08001- 23-33-000-2013-00666-01 se determinó sobre la prescripción:

Reglas de unificación jurisprudencial.

87. De acuerdo con lo anterior, la Sección Segunda fija la siguiente regla jurisprudencial:

(i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de laprescripción de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990-, es desde su causación y exigibilidad, es decir, 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.

(ii) Cuando se acumulen anualidades sucesivas de sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 por la ausencia de consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo deberá

contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria correspondiente, so pena de su extinción.

Efectos en el tiempo.

88. La regla que se ha aplicado respecto de los efectos en el tiempo de las sentencias de unificación como precedente, ha sido la retrospectividad de la jurisprudencia (retrospective overruling, adjudicative retroactivity), y la excepción es la prospectividad (prospective overruling). Esta última hipótesis presupone la aplicación de un juicio de ponderación, que permita determinar cuál es la decisión que más efectiviza los principios constitucionales⁵⁷.

89. En reciente decisión esta Corporación defendió la prospectividad del precedente cuando: i) las partes en un litigio hayan fundado sus pretensiones o defensa, según el caso, única y exclusivamente en el precedente vigente al momento de su actuación ante la jurisdicción; ii) el fundamento de dicho precedente no haya sido cuestionado en el trámite del proceso; y iii) el cambio opere en un estadio procesal en el que resulte imposible reconducir las pretensiones o replantear la defensa pues, en esas circunstancias, la aplicación de la nueva regla jurisprudencial no solo sorprendería a las partes sino que, de facto y sin posibilidades de reformular los términos del litigio, dejaría sin sustento la posición jurídica defendida por una de ellas⁵⁸.

90. Por lo anterior, las reglas jurisprudenciales que se definen en esta sentencia deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de decisión tanto en vía administrativa como en vía judicial, dejando a salvo por cosa juzgada los conflictos decididos con antelación.

De los apartes transcritos se desprende de manera inequívoca, que la sanción por mora prevista ante la eventualidad del retardo o la no consignación del auxilio de cesantías por parte del empleador al empleado, cuando éstas son anualizadas, se encuentra sometida al acaecimiento del fenómeno de la prescripción extintiva, para lo cual el término a tener en cuenta es el previsto en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

Asimismo, se concluye que el momento que determina el surgimiento del derecho a reclamar el reconocimiento y pago de la sanción por mora es aquel en el cual se hace exigible la obligación, en este caso, de depositar el valor de las cesantías al respectivo fondo, cuya procedencia opera de pleno derecho al encontrarse dicha obligación sometida al plazo previsto en la ley, esto es, desde el 15 de febrero del año siguiente al de la causación de las cesantías, y por ello su reconocimiento debe ser reclamado dentro de los 3 años siguientes.

Para el caso concreto, se evidencia que mediante reclamación radicada en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas el 20 de junio de 2019 (fl. 48), se solicitó a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no sólo el reconocimiento de las cesantías anualizadas de los años 1993, 1994 y 1995, sino también la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006; trámite que a su vez se adelantó frente al Municipio de Filadelfia mediante petición que

fue enviada por correo el día 18 de ese mismo mes y año. (fl. 42).

Como en este caso se reclama el pago de las cesantías correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995 y su sanción moratoria, se tiene que, de acuerdo a las sentencias de unificación ya referidas, el derecho al reconocimiento y pago de la penalidad prescribió en atención a que el término para reclamar la misma frente a cada año, era de 3 años, tal como se ilustra en el siguiente cuadro:

AÑO	FECHA LEGAL PARA CONSIGNAR	FECHA EN QUE OPERÓ LA PRESCRIPCIÓN
1993	14 DE FEBRERO DE 1994	15 DE FEBRERO DE 1997
1994	14 DE FEBRERO DE 1995	15 DE FEBRERO DE 1998
1995	14 DE FEBRERO DE 1996	15 DE FEBRERO DE 1999

Por lo expuesto, no hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria, por haber operado el fenómeno de la prescripción frente a este derecho.

3. Conclusiones

En primer momento, se decide que no es procedente declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio PS-1678 del 15 de agosto de 2019, proferido por la Secretaría de Educación del departamento de Caldas en nombre y representación de la Nación -Ministerio de Educación - FNPSM, en atención a que se determina que la responsabilidad del pago de las cesantías de la docente por los años reclamados no corresponde a esta última entidad, respecto de la cual, por lo tanto, se negarán pretensiones de la parte demandante.

Se declarará la nulidad parcial del oficio del 3 de julio de 2019, expedido por el municipio de Filadelfia – Caldas frente a la petición de reconocimiento y consignación de las cesantías anualizadas.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará al Municipio de Filadelfia – Caldas que proceda a reconocer a la docente Luz Mary Gómez Toro las cesantías correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995, y a realizar la consignación de estas al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Las sumas de dinero a reconocer a la parte actora, previo a consignarse al fondo, deberán ser reajustadas con la fórmula adoptada por el H. Consejo de Estado: $R = Rh \cdot \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$.

De donde (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por la parte actora, por el guarismo que resulta de dividir el Índice Final de

Precios al Consumidor certificado por el DANE, y vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

La pretensión relacionada con la sanción moratoria será negada, por haber operado el fenómeno de la prescripción, y en tal sentido se declarará probada esta excepción.

4. Costas.

Conforme al artículo 188 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021, no se condenará en costas en este proceso, ya que las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente.

*Por lo expuesto, **LA SALA SEGUNDA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

III. Falla

Primero: Declarar probada la excepción de prescripción extintiva propuesta por la parte demandada frente al reconocimiento de la sanción moratoria deprecada por la parte demandante.

Segundo: Declarar la nulidad parcial del oficio del 3 de julio de 2019, expedido por el municipio de Filadelfia – Caldas frente a la petición de reconocimiento y consignación de las cesantías anualizadas, presentada por la parte demandante.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, **se ordena** al municipio de Filadelfia – Caldas que proceda a reconocer a la docente Luz Mary Gómez Toro las cesantías correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995, y a realizar la consignación de estas al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Las sumas de dinero que se reconocen en este proceso deberán ser reajustadas, de acuerdo con la fórmula consagrada en esta providencia, antes de ser consignadas a órdenes del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tercero: Negar las demás pretensiones.

Cuarto: Sin costas por lo brevemente expuesto.

Quinto: Ordenar al Municipio de Filadelfia - Caldas que dé cumplimiento a esta sentencia conforme lo dispone los artículos 192 y 194 del CPACA.

Sexto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

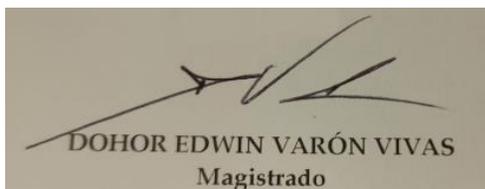
Séptimo: Ejecutoriada esta providencia, **liquídense** los gastos del proceso, **devuélvase** los remanentes si los hubiere. **Archívense** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, tres (3) de octubre de dos mil veintidós (2022).

A.S. 188

Radicado: 17-001-23-33-000-2021-00031-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento
Demandante: Germán Camilo Díaz Fajardo
Demandados: Universidad de Caldas

Conforme a la solicitud elevada por el apoderado de la parte demandada y coadyuvada por la demandante, se indica que se acepta la solicitud de aplazar la audiencia programada para el 4 de octubre del año en curso y, en consecuencia, **se fija** como nueva fecha para llevar a cabo la audiencia de pruebas de conformidad con el artículo 181 del CPACA, el día **7 de febrero de 2023 a partir de las 9:00 am**. Las partes podrán ingresar a la audiencia a través del siguiente link: <https://call.lifesizecloud.com/15955626>

Se requiere a los apoderados de los sujetos procesales, informar los correos electrónicos y números telefónicos, previamente a la celebración de la audiencia al correo: sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co, para enviarles el enlace del aplicativo a través del cual se realizará la audiencia.

Notifíquese

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form the name 'Dohor Edwin Varón Vivas'.

DOHOR EDWIN VARÓN VÍVAS

Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control Reparación Directa fue devuelta del H Consejo de Estado confirmando la providencia emitida por esta corporación el 22 de marzo de 2017.

Consta de 15 cuadernos.

Octubre 03 de 2022.

VILMA PATRICIA RODRIGUEZ CARDENAS
Secretaria.

Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA

Radicación: 17-001-23-31-000-2010-00190-01 ACUM 2010-263-269-01

Demandante: JHON FREDY HURTADO LÓPEZ Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE TRANSPORTE – IVIAS Y OTROS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, octubre tres (3) de dos mil veintidós (2022).

A.S.194

Estese a lo dispuesto por el Honorable Consejo de Estado, en providencia del 06 de julio de 2022, visible a folio 632 al 647 del Cuaderno Consejo Estado ordenó: “Confirmar la sentencia del 22 de marzo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas”, (que denegó las pretensiones de la demanda).

Ejecutoriado el presente auto, archívese el expediente previo a la correspondiente anotación en el programa Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 177

FECHA: 04/10/2022

CONSTANCIA SECRETARIAL: Informo al Señor Magistrado, que correspondió por reparto el presente proceso; está pendiente de admitir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. Pasa a despacho el expediente para resolver.

Octubre 03 de 2022.

VILMA PATRICIA RODRIGUEZ CARDENAS
Secretario

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: 17001-33-39-007-2021-00070-02

Demandante: GERMAN RODRIGO DUARTE OSPINA

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, tres (3) de octubre de dos mil veintidós (2022)

A.S. 193

De conformidad con lo estipulado en los numerales 3, 4 del artículo 247 del CPACA, (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 01 de septiembre de 2022 (Archivo PDF 35 Expediente digital), al haberse interpuesto de manera oportuna, toda vez que el memorial se recibió vía correo electrónico el 16 de septiembre de 2022 (Archivo PDF 39 del ED), es decir dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia (06-09-2022).

Vencido el término de ejecutoria del auto admisorio del recurso de apelación y en el caso de no allegarse por las partes solicitudes, práctica o decreto de pruebas, pasa el expediente a despacho para dictar sentencia, numeral 5 del artículo 247 del CPACA

Notifíquese personalmente al Señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, a las cuales se le enviará el mensaje de datos según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA y numeral 6º del art.247 CPACA.

Notifíquese y cúmplase

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 177

FECHA: 04/10/2022